

MANUAL DE

PROCESSO
PENAL 9ª Edição

Vicente Greco Filho

De acordo com a Lei n. 12.403/2011

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

Vicente Greco Filho

Professor Titular de Direito Penal e Professor Associado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, da Faculdade de Direito de Sorocaba, Procurador de Justiça de São Paulo aposentado, advogado.

MANUAL DE PROCESSO PENAL

9ª edição
2012

Revista e atualizada com a colaboração de João Daniel Rassi





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP

CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SACJUR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-13432-4

Greco Filho, Vicente
Manual de processo penal / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo :
Saraiva, 2012.

Bibliografia.

1. Processo penal 2. Processo penal - Brasil I. Título.

CDU-343.1

Índices para catálogo sistemático:

1. Processo penal : Direito penal 343.1

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lúgia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia, Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan,
Cíntia da Silva Leitão

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas, Mônica Landi

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati, Amanda Maria de Carvalho, Paula
Brito Araújo

Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro, Vinicius Asevedo Vieira

Capa Roney Camelo

Produção digital Estúdio Editores.com & CPC Informática

Data de fechamento da edição: 10-1-2012

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

103.669.009.001 238743

SUMÁRIO

Apresentação da 7ª edição

Apresentação da 4ª edição

Apresentação da 1ª edição

Introdução

1. Teoria Geral do Processo
2. Uma visão política do processo

Capítulo I - Noções Gerais

3. O direito e a realização de valores
4. O valor da pessoa humana como fundamento do direito
5. O direito e o processo
6. Atividade legislativa, administrativa e jurisdicional: seu relacionamento
7. Os direitos fundamentais da pessoa (evolução histórica)
 - 7.1. *A antiguidade greco-romana*
 - 7.2. *O cristianismo*
 - 7.3. *A Magna Carta e as Constituições de Federico II di Svevia*
 - 7.4. *Do contratualismo às declarações de direitos*

7.5. A época contemporânea

7.6. Os direitos e garantias fundamentais na Constituição da República

8. O processo como garantia ativa e passiva

8.1. Aspectos gerais. Declaração de inconstitucionalidade. Ministério Público

8.2. O direito constitucional de ação

8.3. A garantia do processo penal

8.4. A proibição da justiça privada

9. As garantias constitucionais do processo

9.1. Garantias gerais

9.2. A garantia da coisa julgada

9.3. Os princípios constitucionais do processo penal

9.4. Os princípios constitucionais do processo civil 85

10. O direito processual penal: conceito e campo de atuação

11. O Código de Processo Penal e a organização judiciária

12. O direito penal e o processual penal na sociedade contemporânea. Direito penal do inimigo e direito penal do cidadão

Capítulo II - Disposições Preliminares

13. Da lei de processo penal no tempo e no espaço

Capítulo III - Do Inquérito Policial

14. Conceito, natureza e finalidade. A justa causa para a ação penal

15. Procedimento do inquérito

16. Incomunicabilidade e indiciamento

17. Trancamento do inquérito

18. Alternativas do inquérito policial ao chegar a juízo: volta à polícia, conflito de atribuições.

Arquivamento

19. Aspectos especiais

19.1. Atuação policial em face dos atos preparatórios

19.2. Aspectos da investigação em face da organização criminosa

19.3. Termo circunstanciado: conceito, natureza jurídica e natureza jurídica das decisões que a lavratura do termo exige. Da autoridade atribuída para lavrar o termo

19.3.1. Introdução e contexto histórico

19.3.2. A natureza jurídica do termo circunstanciado

19.3.3. A natureza das decisões que a lavratura do termo exige

19.3.4. A função e papel dialético-jurídico dos envolvidos na persecução penal e sua responsabilidade em face das garantias individuais, bem como a responsabilidade do conjunto de seus participantes

19.3.5. As atribuições constitucionais da Polícia Civil e da Polícia Militar

Capítulo IV - Da Ação Penal

20. Aspectos gerais: conceito, condições. Condições de procedibilidade

20.1. Conceito

20.2. Condições

20.3. Condições de procedibilidade

21. Classificações da ação penal

22. Características da ação pública

23. Características da ação penal exclusivamente privada
24. Do exercício do direito de queixa
25. Do Ministério Público na ação penal privada
26. Elementos da denúncia ou queixa
27. Do recebimento e da rejeição da denúncia ou queixa

Capítulo V - Da Ação Civil

28. Da ação civil: espécies, oportunidade

Capítulo VI - Da Jurisdição e da Competência

29. Jurisdição: conceito, atuação, princípios e limites
30. Competência: conceito e critérios determinadores, objetivos e funcionais
31. Competência internacional
32. Competência interna
 - 32.1 *Introdução*
 - 32.2 *Originária dos tribunais, por prerrogativa de função ou hierárquica*
 - 32.3 *Das justiças especiais*
 - 32.4 *Da Justiça Federal*
 - 32.5 *De foro ou de comarca*
 - 32.6 *De juízo*
33. Da prevenção e da *perpetuatio jurisdictionis*
34. Da conexão e da continência
35. Meios de declaração da incompetência
36. Efeitos da declaração de incompetência

Capítulo VII - Das Questões e Processos Incidentes

37. Introdução

38. Das questões prejudiciais

39. Das exceções

40. Do conflito de competência

41. Da restituição de coisas apreendidas

42. Das medidas assecuratórias: sequestro, especialização da hipoteca legal e arresto

43. Do incidente de falsidade

44. Da insanidade mental do acusado

Capítulo VIII - Da Prova

45. Teoria geral da prova

45.1. Introdução

45.2. Conceito de prova

45.3. Objeto da prova

45.4. Meios de prova. Meios ilícitos

45.5. Ônus da prova

45.5.1. Introdução

45.5.2. Esboço histórico e direito comparado

45.5.3. Teorias modernas sobre o ônus da prova

45.5.4. Ônus subjetivo e ônus objetivo

45.5.5. Sistema legal brasileiro

45.6. Momentos da prova

45.7. Presunções, indícios e máximas de experiência

45.8. A apreciação ou valoração da prova

45.9. Poderes do juiz em relação à prova

46. Do exame de corpo de delito e outras perícias

46.1. Regras gerais

46.2. Do exame de corpo de delito

46.3. Perícias especiais

47. Do interrogatório do acusado

48. Da confissão

49. Do ofendido e das testemunhas

50. Do reconhecimento de pessoas e coisas

51. Da acareação

52. Dos documentos

53. Da busca e apreensão

54. Interceptação telefônica

54.1. Antecedentes e conceitos básicos

54.2. Questões fundamentais da lei

54.3. Procedimento da interceptação

55. Da entrega vigiada

55.1. Natureza jurídica e efeitos da entrega vigiada

Capítulo IX - Dos Sujeitos do Processo

56. Classificação

57. Do juiz

58. Do Ministério Público

59. Do acusado e seu defensor

60. Do assistente

61. Dos auxiliares da justiça

61.1. Conceito

61.2. Dos serventuários e do oficial de justiça

61.3. Do perito, depositário, administrador, intérprete e outros

Capítulo X - Da Prisão e da Liberdade Provisória

62. Princípios e aspectos gerais

63. Da prisão processual

63.1. Da prisão em flagrante

63.2. Da prisão temporária

63.3. Da prisão preventiva

63.4. Da prisão por pronúncia e por sentença condenatória recorrível, mediante preventiva

64. Da liberdade provisória e das outras medidas cautelares

64.1. Aspectos gerais

64.2. Da liberdade provisória sem fiança

64.3. Da fiança

64.4. Das outras medidas cautelares

Capítulo XI - Da Citação e das Intimações (Da Revelia)

65. Da citação

66. Das intimações

Capítulo XII - Das Nulidades

67. Princípios gerais. Classificação

68. Rol legal das nulidades

69. Súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre nulidades no processo penal

Capítulo XIII - Da Sentença

70. Conceito, elementos

71. *Emendatio e mutatio libelli*

72. Fundamentos e efeitos da sentença absolutória

72.1. Fundamentos e efeitos civis

72.2. Efeitos penais

73. Fundamentos e conteúdo da sentença condenatória

74. Da intimação da sentença

75. Da coisa julgada penal

Capítulo XIV - Dos Recursos

76. Teoria geral dos recursos

76.1. Conceito

76.2. Pressupostos

76.3. Princípios

76.4. Efeitos

76.5. Classificações

77. Recurso no sentido estrito

78. Apelação

79. Protesto por novo júri

80. Dos embargos

80.1. Embargos de declaração

80.2. Embargos infringentes

80.3. Embargos de divergência

81. Da carta testemunhável

82. Dos recursos para os Tribunais Superiores

82.1. Recurso ordinário

82.2. Recurso especial

82.3. Recurso extraordinário

Capítulo XV - Do Procedimento

83. Processo e procedimento. Classificação dos procedimentos. Da suspensão do processo

83.1. Conceitos

83.2. Princípios do processo e do procedimento

83.3. Classificação dos procedimentos

83.4. Da formação e suspensão do processo

84. Do procedimento comum

84.1. Introdução

84.2. Do procedimento comum ordinário e do prazo da instrução criminal no caso de réu preso.

84.2.1. Do procedimento

84.2.2. Do prazo da instrução criminal no caso de réu preso

84.3. Do procedimento sumário

84.4. Do procedimento sumaríssimo

85. Dos procedimentos especiais

85.1. Procedimento dos crimes de competência do júri

85.1.1. Introdução

85.1.2. Da acusação e da instrução preliminar

85.1.3. Da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária

85.1.4. Da preparação do processo para julgamento em plenário

85.1.5. Do desaforamento

85.1.6. Providências preparatórias de instalação do Tribunal do Júri: alistamento dos jurados, organização da pauta, sorteio e convocação dos jurados, da função do jurado

85.1.7. Da composição do Tribunal do Júri e da formação do Conselho de Sentença

85.1.8. Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri.

Da incomunicabilidade e das recusas

85.1.9. Da instrução em plenário e das atribuições do juiz

85.1.10. Dos debates

85.1.11. Do questionário e sua votação

85.1.12. Da sentença e da ata dos trabalhos

85.2. Procedimentos especiais do Código

85.2.1. Aspectos gerais

- 85.2.2. Procedimento dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos*
- 85.2.3. Procedimento dos crimes contra a honra*
- 85.2.4. Procedimento dos crimes contra a propriedade imaterial*
- 85.2.5. Procedimento dos crimes de competência originária dos tribunais*
- 85.2.6. O habeas corpus*
- 85.2.7. Revisão criminal*
- 85.3. Procedimentos especiais de leis especiais*
 - 85.3.1. Procedimento dos crimes de abuso de autoridade*
 - 85.3.2. Procedimento dos crimes de imprensa*
 - 85.3.3. Procedimento dos crimes da Lei de Licitações*
 - 85.3.4. Procedimento da suspensão condicional do processo da Lei n. 9.099/95*
 - 85.3.5. Procedimento dos crimes da Lei de Drogas*
 - 85.3.6. Outras disposições especiais*

Capítulo XVI - Das Relações Jurisdicionais com Autoridade Estrangeira

86. Cartas rogatórias, homologação de sentença estrangeira, extradição

Bibliografia

Apresentação da 7ª Edição

Apesar da insistência de generosos leitores, somente agora nos animamos a reeditar e atualizar o *Manual de processo penal*, porém não lamentamos o atraso.

As anunciadas reformas legislativas finalmente, pelo menos em parte as mais importantes, foram editadas e estão em vigor, de modo que agora parece o momento de rever o Código em sua integralidade, captar o que mudou no âmbito da aplicação prática, mas preponderantemente o que teria mudado no plano principiológico. Não somente em virtude das modificações legais, mas também porque novas posições jurisprudenciais trouxeram perspectivas diferentes na visão política do Processo Penal e, sem dúvida, em virtude de um momento conflituoso nacional em termos de atribuições institucionais, tratamento de prisões processuais e outros delicados momentos da persecução penal.

Questões antes restritas a discussões técnicas ganharam a atenção dos órgãos de comunicação e do público em geral, colocando em debate temas como a utilização de algemas, a publicidade dos atos, a prerrogativa de função e outros, carregados de conotações políticas e ideológicas.

O trabalho continua sendo um manual: mantém o objetivo de fornecer em um volume uma visão geral do Processo Penal, com a proposta de fazê-lo com a base conceitual mais sólida possível, não com a finalidade de dar a solução dos outros para casos específicos, mas para que os que se dignarem com a sua leitura, especialmente os estudantes, encontrem as suas. O tempo passou e passa com rapidez assustadora. Ideias amadureceram, caducaram, foram e voltaram, algumas ficaram. O que está aí é o agora, ou melhor, o agora há pouco.

As apresentações de edições anteriores são mantidas por razões históricas e porque marcam posições que continuo querendo divulgar.

A revisão e atualização contaram com a preciosa colaboração de João Daniel Rassi, ao qual, de público, apresento meus agradecimentos.

Apresentação da 4ª Edição

O *Manual de processo penal* chega à sua 4ª edição, atualizada e ampliada em função da Lei n. 9.099/95 e das modificações realizadas no Código até dezembro de 1996.

Quanto a estas, é de observar que foi abandonada a ideia, pelos órgãos de produção legislativa, da elaboração e aprovação de um novo Código por inteiro, optando-se, como está sendo feito com o Código de Processo Civil e o Código Penal, por modificações setoriais e específicas, respeitada a estrutura do Código vigente. Essa técnica, que aliás acompanha a tendência universal de modernização legislativa, atende à circunstância de que os parlamentos, tendo em vista principalmente suas funções políticas, não têm condições de discutir e aprovar códigos integrais, cuja tramitação seria tão demorada que, no caso de sua aprovação, ao serem editados já estariam velhos. Isso sem falar na inevitável possibilidade da introdução de emendas assistemáticas, que poderiam tornar o diploma uma colcha de retalhos.

As alterações paulatinas, porém, apresentam o inconveniente de tornar sobremaneira difícil manter o estudante, o profissional e a própria obra sempre atualizados, mesmo porque, já para o correr de 1997, estão prognosticadas outras alterações no Código. Tal

inconveniente, contudo, será, sempre que possível, superado pela publicação de novas edições com o máximo de agilidade, mas deve colocar o leitor em alerta no sentido de que mesmo a mais atualizada das obras pode, ao estar nas livrarias, encontrar-se em parte superada por nova lei editada contemporaneamente. Entretanto, essa dificuldade não poderá ser inibidora da produção didática e científica, ainda que consciente de que rapidamente poderá encontrar-se superada.

Abril de 1997

Apresentação da 1ª Edição

Uma Palavra de Explicação

Um Depoimento

Minha carreira universitária desenvolveu-se na área do processo civil. Das aulas resultaram o *Direito processual civil brasileiro* em três volumes, editado pela mesma Saraiva, e algumas monografias.

Todavia, minha formação foi, também, de processo penal. Meus primeiros trabalhos versaram sobre essa matéria, como *A justa causa no processo penal*, *As conquistas do direito de defesa no Projeto Frederico Marques* e especialmente o livro *Tóxicos — prevenção e repressão*, hoje na 6ª edição, sem contar os comentários à Lei n. 5.726, não computados na série.

Esse estudo deveu-se, ainda, à minha atividade profissional, de Promotor de Justiça criminal em várias comarcas do interior e varas criminais da Capital.

Por outro lado, como membro da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, tive a oportunidade de participar da revisão do Anteprojeto Frederico Marques de Código de Processo Penal, perante o próprio autor. Nessa oportunidade, tive

como companheiros de Comissão os juristas Cândido Rangel Dinamarco, Paulo Salvador Frontini, Antonio Marcelo da Silva e Ewelson Soares Pinto, este último, prematuramente falecido, talento especialíssimo no campo do direito penal.

Sob a presidência do hoje Ministro José Carlos Moreira Alves, elaboramos, além da revisão do Código de Processo Penal, a reforma do natimorto Decreto-Lei n. 1.004/69, Código Penal, a revisão do Projeto de Lei das Contravenções Penais do saudoso Prof. Salgado Martins, do Projeto de Lei de Execuções Penais, do Código de Menores e muitos outros, perdidos, quiçá, nos porões do Ministério da Justiça e que jamais vieram a público.

Isto tudo sob a supervisão do Prof. Alfredo Buzaid, príncipe dos processualistas brasileiros, injustiçado em virtude de implicações políticas, cujo trabalho na área da reforma legislativa do Brasil moderno tem sido, não sei se propositalmente, esquecido. Se sua obra magna foi o Código de Processo Civil, não menor importância prática tiveram a Lei Complementar n. 14, que criou a figura das Regiões Metropolitanas, o Decreto-Lei n. 1.075, que obrigou ao pagamento prévio de metade da indenização real para obtenção da imissão na posse liminar em ações de desapropriação, a Lei de Registros Públicos etc.

Além dessa extraordinária experiência, a despeito de minha dedicação predominante ao processo civil, por ocasião da remessa ao Congresso Nacional do segundo Projeto de Código de Processo Penal, hoje ainda parado no Senado, fui convidado pelo Ministério Público de São Paulo a participar da comissão para oferecimento de

emendas a serem encaminhadas a deputados e senadores. A comissão elaborou mais de 200 emendas com a respectiva justificativa, as quais foram, primeiro, levadas a outra comissão, desta vez da Confederação Nacional do Ministério Público, com representantes dos Ministérios Públicos dos demais Estados. Esse trabalho resultou em 193 emendas, muitas das quais acolhidas pela Câmara dos Deputados, e o restante reencaminhado ao Senado. Ainda, tive a oportunidade de ser escolhido para relatá-las, como representante da Confederação Nacional das Associações do Ministério Público, perante a Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, então presidida pelo Deputado Bonifácio de Andrada, de Minas Gerais.

Passado algum tempo, durante o qual o meu contato com o processo penal limitou-se às aulas de Teoria Geral do Processo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e a ciclos de conferências isolados, como por exemplo na Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul, fui surpreendido com o convite de meu amigo Damásio Evangelista de Jesus para ministrar a matéria integral de processo penal em seu curso preparatório aos concursos da Magistratura e Ministério Público. Depois de três anos de curso sistemático intensivo, foi natural a nova ousadia de escrever um manual de processo penal, dada a lacuna que voltei a confirmar na literatura brasileira do setor.

Essa lacuna, porém, é explicável. Por anos excessivamente longos o direito processual penal passou pela expectativa de reforma, a intimidar a doutrina.

Quando se desencadeou, a partir de 1962, trabalho de grande reforma legislativa, o Código de Processo Penal foi um dos diplomas que primeiro se pretendeu refazer. Inicialmente, foi encarregado o jurista Hélio Tornaghi de apresentar um anteprojeto, o qual, todavia, foi totalmente abandonado.

Posteriormente, ficou encarregado da elaboração do projeto o Prof. José Frederico Marques, que o completou em meados de 1970, tendo sido submetido a revisão e discussão na Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça acima referida.

Em 1975 foi encaminhado ao Congresso Nacional projeto de Código, tendo como relator, na Câmara dos Deputados, o Deputado Geraldo Freire. A Câmara aprovou cerca de 800 emendas, mas ao subir para o Senado o projeto foi retirado pelo Executivo.

Em 1983 novo projeto foi encaminhado ao Congresso com modificações que o compatibilizavam com uma nova parte geral do Código Penal e com um Projeto de Lei de Execuções Penais, já que essa parte era retirada do corpo do Código de Processo Penal. A esse projeto é que foram apresentadas as emendas da Confederação Nacional das Associações do Ministério Público, conforme já referido, não havendo prognóstico de exame no Senado, mesmo porque, após a Constituição de 1988, nova revisão deverá ser feita e, como se sabe, há outros projetos de maior prioridade.

Todas essas circunstâncias levaram a doutrina a retrair-se; daí o número muito maior de obras no processo civil que no processo penal.

Por isso a ousadia de escrever este manual, consciente de suas limitações, mas consciente, também, de que, independentemente de aprovação de novo Código, o processo penal brasileiro, sem prejuízo de excelentes obras existentes à disposição dos interessados, necessita da contribuição, ainda que modesta, dos estudiosos do direito que a ele queiram dedicar-se, especialmente os que acreditam na unidade fundamental do direito processual e têm a certeza de que todos os seus ramos têm, reciprocamente, muito com que contribuir.

Por essa razão, dada minha convicção a respeito da unidade fundamental do direito processual, a parte de teoria geral do processo é basicamente comum a meu *Direito processual civil brasileiro*, volume 1, parte inicial, mas tenho certeza de que o leitor ficará surpreso pela coerência com que essa parte comum deságua serena e tranquilamente nas especialidades que o processo penal apresenta.

Creio, ademais, na unidade essencial do Direito, daí meus trabalhos interdisciplinares e, às vezes, incursões em áreas como direito administrativo e, até, o financeiro. O leitor dirá se é válida, ou não, a contribuição.

Fevereiro de 1989

INTRODUÇÃO

1. TEORIA GERAL DO PROCESSO

Modernamente o estudo do direito processual tem recebido uma inspiração unificadora. Após séculos de tratamento distinto, o direito processual civil e o direito processual penal passaram a receber tratamento científico unificado em seus institutos fundamentais, por meio da busca dos pontos comuns da atividade jurisdicional. Igual aproximação recebeu o chamado direito processual do trabalho e os ramos especiais do direito processual, ou seja, o direito processual penal militar e o direito processual eleitoral.

A compreensão unitária do direito processual resultou, especialmente, da verificação de que o poder jurisdicional, como um dos poderes do Estado, é único, e sua estruturação básica encontra-se em nível da Constituição Federal, de modo que resulta inevitável a conclusão de que há algo comum a toda atividade jurisdicional.

Feita essa constatação, compete ao estudioso do processo a identificação do que é válido para todos os ramos do direito processual e do que é específico, apontando, pois, os princípios e

normas plurivalentes e os monovalentes. Esse labor não é fácil, inclusive por razões históricas.

Na fase primitiva do direito dos povos, os atos ilícitos não recebiam qualificação específica civil ou penal e eram corrigidos ou reprimidos identicamente. Assim, no direito romano antigo o termo *iniuria* representava qualquer conduta contra o direito, sem preocupação de se separar a violação civil da penal. Por consequência, o direito processual acompanhava essa indefinição, se é que se pode dizer que existisse um direito processual, cuja autonomia somente muito mais tarde foi reconhecida. O Processo era, portanto, um só.

As relações jurídicas, porém, foram ficando cada vez mais complexas, agrupando-se as normas jurídicas com princípios próprios em sistemas próprios, tendo em vista a predominância dos interesses, a repercussão social dos fatos e a posição do Estado ou dos detentores do poder perante eles. A cristalização do direito em ramos principiologicamente distintos separou, também, o processo, porquanto este, instrumental em relação às normas de direito material, submetia-se às exigências diferentes de cada um.

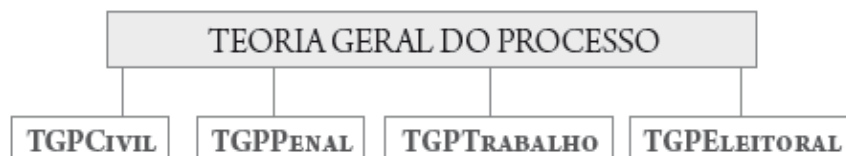
Poder-se-ia, então, argumentar que a reunificação do processo numa teoria geral seria um retrocesso, isto é, um retorno às origens do direito. Tal, porém, não ocorre. A situação, hoje, é completamente diferente. Após o reconhecimento de que o direito processual não é uma extensão ou prolongamento do direito material, mas um ramo jurídico autônomo, exatamente a formulação de uma teoria geral realça essa autonomia e a sua dignidade por meio do reconhecimento de que, qualquer que seja o ramo do direito que se

aplica no processo, há algo que não depende daquele e que, portanto, é exclusiva e puramente processo.

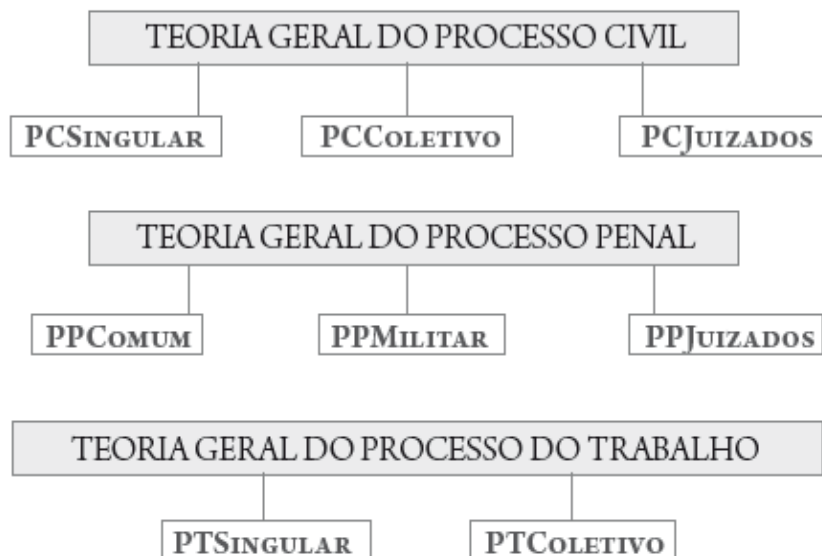
O isolamento deste campo de trabalho é a tarefa do cientista do direito, e ainda não se chegou a um resultado definitivo, mais pelas peculiaridades do direito material aplicado do que em virtude das diferenças de princípios só de processo, se este pudesse ser considerado isoladamente.

No que se refere ao sistema do direito processual são inegáveis os benefícios trazidos pela Teoria Geral do Processo, mas a sua formulação está incompleta havendo muito o que fazer para se chegar a um abrangente conjunto de princípios omnivalentes, que informem o processo civil, o processo penal (comum e militar), o processo do trabalho e o processo eleitoral. Reduzindo o grau de generalidade, deve ser formulada uma Teoria Geral do Processo Civil, uma do Processo Penal e assim por diante, com princípios plurivalentes. Reduzindo ainda mais o âmbito, cada um dos sistemas pode comportar subsistemas em círculos concêntricos ou na forma de organograma em que a célula superior abrange e informa as a ela inferiores.

Eis um panorama da Teoria Geral do Processo:



E assim, desdobrando-se:



Assim num primeiro nível dentro do sistema geral do direito processual, encontram-se os sistemas do direito processual civil, do direito processual penal, do direito processual do trabalho e do processo eleitoral.

Dentro do processo civil é possível distinguir, sem a menor dúvida, a existência de três sistemas com princípios próprios: o do processo civil comum singular, o do processo civil das ações coletivas e o do processo civil dos juizados especiais. Não é possível mais tentar entender, ou resolver problemas das ações coletivas, com os princípios do processo civil comum, que nasceu e foi idealizado a partir de um autor e um réu, como ocorria no processo romano da *ordo judiciorum privatorum*. O processo civil brasileiro assim foi até a

década de 1980, em que o litisconsórcio e a intervenção eram exceções; em que a legitimidade ordinária era da pessoa individualizada, e a extraordinária excepcional; a litispendência e a coisa julgada exigiam a tríplice identidade e limitavam-se às partes. O advento da Lei n. 7.347/85 e do Código do Consumidor trouxe uma série de novos tratamentos para essas situações que, contudo, continuaram a ser analisadas do ponto de vista do processo singular, que se mostrou inadequado para resolver questões como a da competência, da abrangência dos efeitos da sentença e mesmo da coisa julgada nas ações de âmbito nacional, entre outras.

Não se percebeu, pelo menos imediatamente, que estava sendo instituído um novo sistema processual, que deve ser construído sob a luz de seus princípios próprios. Não se exclui a existência, em nível de maior generalidade, de uma teoria geral do processo civil, mas limitada aos conceitos que possam ser aplicados a ambos os sistemas. Assim, por exemplo, não se pode mais adotar um conceito comum de legitimidade para agir: nas ações coletivas não se pode dizer que na legitimação ordinária alguém age em nome próprio sobre direito próprio e na extraordinária alguém age em nome próprio sobre direito de terceiro, uma vez que nesse sistema ordinária é a legitimação das associações.

Parece que, após a formulação classificatória do que seria pertencente a uma teoria geral do processo civil e o que merece tratamento específico num ou noutro sistema, seria o caso de se pensar em um Código do Processo coletivo, com soluções próprias a seus objetivos.

O terceiro sistema a considerar é o dos juizados especiais, o qual, apesar de já ter nascido com autonomia um pouco maior, ainda se ressentia de um atrelamento ao processo civil comum nem sempre coerente com os princípios próprios.

Fenômeno idêntico ocorre com o processo penal, o do trabalho e o eleitoral, que constituem não procedimentos especiais do processo comum, mas sistemas com princípios próprios e que comportam também subsistemas.

Não é possível, agora, sequer ensaiar a identificação dos princípios e seus diversos graus de generalidade, da Teoria Geral do Processo para os sistemas e subsistemas, mas fica o desafio que tenho certeza, se enfrentado, trará valiosa contribuição ao estudo do Processo.

A reaproximação dos ramos do direito processual e a formulação de uma teoria geral têm trazido benefícios, mas também algumas deformações que é preciso observar.

O direito processual civil, por razões que não vêm ao caso agora discutir, apesar de muito interessantes, no Brasil evoluiu tecnicamente com maior rapidez que o direito processual penal, consagrando suas teorias, plasmando seus institutos, merecendo, inclusive, maior destaque bibliográfico. Isto ocorreu, por exemplo, na formulação da teoria da ação, suas condições, os pressupostos processuais, os princípios da competência, a coisa julgada etc.

A aproximação do processo civil ao processo penal enriqueceu este último, obrigando à meditação sobre temas anteriormente não cogitados, como as condições da ação penal, a natureza jurídica dos

provimentos jurisdicionais penais, a coisa julgada penal etc. Todavia, nem sempre as conclusões foram proveitosas e adequadas. Em contrapartida, o processo civil recebeu uma nova visão publicística que o auxilia a superar a tentadora subordinação de seus princípios ao direito privado que ordinariamente aplica. Por outro lado, há de se reconhecer que a teoria geral do processo civil foi desenvolvida a partir de um processo modelo: o da ação condenatória simples de cobrança ou de indenização, entrando a teoria geral em crise diante de temas como os procedimentos especiais, a própria execução, o processo em que se aplicam direitos de ordem pública ou outros, cuja peculiaridade repercute no processo de modo a exigir reestudo de seus temas fundamentais, aparentemente consagrados. Assim, por exemplo, nos processos de acidentes do trabalho, em virtude do interesse público envolvido, diferentes são os poderes do juiz, que pode, inclusive, em determinados casos, julgar *ultra* ou *extra petita*, havendo quem entenda, também, não se aplicar, no caso, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* na apelação quando necessário ajustar o julgamento, em favor do acidentado, ainda que este não tenha apelado.

De outra parte, o direito processual penal, como também o do trabalho, tem influenciado o processo civil, sugerindo-lhes aperfeiçoamentos e novos institutos, alguns ainda em fase embrionária, como o trancamento da ação civil por meio de mandado de segurança, a coisa julgada parcial etc.

Estas considerações pretendem, em suma, explicar as seguintes ideias:

1. No direito processual há uma parte comum a todos os ramos especiais do processo, que justifica a formulação de uma teoria geral.

2. É necessária a continuação do labor científico da doutrina para a precisa determinação dos verdadeiros princípios gerais do processo, evitando a extensão de ideias privativas de um determinado ramo a outro, mas também o que de útil um pode ensinar aos demais.

3. É preciso reconhecer que o processo penal, como tratado tradicionalmente, ainda apresenta pontos críticos de solução insatisfatória, com prejuízo do equilíbrio das partes, da correta aplicação da ordem jurídica como um todo, do direito de defesa etc.

Convém, finalmente, lembrar que o direito processual como ramo da ciência do direito apresenta uma estrutura e um desenvolvimento lógico bastante rigorosos, de modo que todos os seus institutos reciprocamente se implicam, não podendo o intérprete perder de vista essa circunstância, que não é encontrada em outros ramos do direito que guardam compartimentos estanques, inclusive principiologicamente distintos. Assim, é nossa intenção dar essa visão unitária intrínseca, recorrendo sempre aos princípios gerais para o correto entendimento dos institutos do processo, mesmo em suas partes especiais.

A aceitação de uma teoria geral do processo, contudo, não é pacífica na doutrina brasileira. Há substancial opinião doutrinária, liderada por Rogério Lauria Tucci, no sentido de que já se encontra ultrapassada a ideia de “civilizar” o processo penal, havendo a necessidade de se visualizá-lo com

autonomia e em ótica própria, numa *teoria geral do processo penal*^[1].

2. UMA VISÃO POLÍTICA DO PROCESSO

É costume descrever a evolução do direito processual destacando o esforço da doutrina em demonstrar sua autonomia em relação ao direito material. Aliás, o trabalho científico nesse sentido procurou, desde os tempos mais antigos, identificar o que havia de processual nos mecanismos de aplicação do direito primitivo.

Na verdade, porém, somente a evolução dos séculos separou as entidades, porque afora os casos de aplicação do direito, dentro de uma estrutura privada, como o período da *ordo judiciorum privatorum* romano, os casos em que ao Poder Estatal não interessavam as pretensões particulares em debate ou em conflito, a atividade de aplicação do direito confundia-se com a atividade administrativa do Poder Estatal, e era feita segundo o interesse dominante deste último. A História isto nos mostra: até a Idade Moderna havia duas atitudes dos juízes, representantes sempre da Administração: se a lide não interferia com as coisas do Soberano, a justiça era concedida como vênua; se interferia, o juiz agia como seu agente.

Nesses termos, e com essa situação, é forçoso concluir que, verdadeiramente, o processo autêntico surgiu quando o Estado, proibindo a justiça privada, avocou para si a aplicação do direito como algo de interesse público em si mesmo e, além disso, estruturando o sistema de direitos e garantias individuais, interpôs os

órgãos jurisdicionais entre a administração e os direitos dos cidadãos, tornando-se, então, o Poder Judiciário um poder político, indispensável ao equilíbrio social e democrático, e o processo um instrumento dotado de garantias para assegurá-lo, como nos itens seguintes se exporá.

Parece, por conseguinte, importantíssima para a atual compreensão do processo essa visão política, destacando-se a função que exerce no sistema de garantia de direitos subjetivos públicos e privados, para depois estudar-se sua formulação técnica.

De início, essa diferente metodologia pode oferecer alguma dificuldade de entendimento, mas depois, acredita-se, abrirá novos horizontes para a compreensão do direito processual vigente. No campo do processo penal, a conotação política dos institutos sempre foi mais presente, porque envolvido o direito em liberdade individual, e o que se deseja é transportar tal visão para o processo como um todo, libertando-o, de vez, dos interesses particulares envolvidos.

CAPÍTULO I

NOÇÕES GERAIS

3. O DIREITO E A REALIZAÇÃO DE VALORES

A história das civilizações tem demonstrado que a sociedade, em seus diversos graus de desenvolvimento, inclusive os mais primitivos, sempre esteve moldada segundo normas de conduta. Aliás, poder-se-ia estudar cada civilização do ponto de vista normativo, compreendendo suas características pelo conjunto de regras dentro do qual se desenvolveu a ação humana. Daí já se ter dito que a própria história se apresenta com um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, contrapõem-se e se integram[2].

O estudo das normas de conduta ensina, também, que, apesar de nascerem dos homens e para os homens, as regras sociais não podem ser dispensadas por eles, porque constituem condição essencial de convivência, desde que se pressuponha o relacionamento entre dois indivíduos, isto é, desde que o homem não esteja absolutamente só. Na sociedade, as normas se adaptam,

se modificam, crescem ou diminuem em número aparente, mas jamais desaparecem.

Outra verdade histórica é a de que as regras de conduta, escritas ou costumeiras, jamais são tão numerosas a ponto de preverem todas as hipóteses de comportamento humano; mas o direito, como solução normativa, mesmo diante de fatos novos, apresenta definição para essas hipóteses, porque tem como características a unidade e a totalidade. O direito, pois, é não apenas direito escrito ou previamente consagrado, mas também o sistema integral de determinação da conduta humana, e, por isso mesmo, ontologicamente indivisível. Pode didaticamente dividir-se em ramos ou espécies, mas na essência é uno.

Investigando a raiz ou o porquê do complexo de normas de conduta, existente enquanto existe sociedade, constata-se que tem ele por finalidade a garantia da subsistência de certos valores, certos bens, considerados como necessários, úteis ou convenientes, e, portanto, merecedores de proteção.

O conteúdo da norma jurídica, portanto, é um valor que recebe tutela contra o descumprimento, por meio da parte da norma chamada sanção. As sanções podem ser específicas ou compensatórias. São específicas quando o direito está capacitado a fazer ou dar o bem que voluntariamente não foi concretizado pelo indivíduo que descumpriu a regra jurídica; são compensatórias quando, diante da impossibilidade material ou moral de substituir o bem não alcançado voluntariamente, estabelecem compensação em favor do prejudicado.

O mecanismo de bens e valores tutelados pelas sanções existe porque ao homem interessa a apropriação desses bens, que não são ilimitados. Decorre, daí, a necessidade de sua regulamentação para a permanência harmônica da convivência social, porque esta em si mesma também é considerada um bem, ou, pelo menos, é humanamente inevitável.

Explica Francesco Carnelutti^[3] que, se interesse é uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades são ilimitadas; se são, todavia, limitados os bens, isto é, a porção do mundo exterior apta a satisfazer tais necessidades, correlata à noção de interesse e de bens é a noção de conflito de interesses. Há conflito entre dois interesses quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa.

Carnelutti vê, na base da ordem jurídica, o conflito de interesses a exigir a regulamentação das diversas expectativas humanas sobre um mesmo bem. Note-se, porém, que o termo "conflito" tem gerado interpretações divergentes na doutrina, levando a conclusões muitas vezes improfícuas. Com efeito, imaginar ou definir conflito de interesses como divergência concreta, luta, debate em ato, é restringir demais a atuação do direito e, como veremos adiante, do processo, tornando inexplicáveis fenômenos como, por exemplo, o da jurisdição voluntária e o próprio processo penal.

Parece mais adequado, portanto, falar em "convergência de interesses" sobre os bens, sendo o direito o instrumento de regulamentação dessas convergências, consideradas pelas normas

jurídicas como necessariamente existentes, gerando conflitos, reais ou hipotéticos, virtuais.

O direito, portanto, não existe somente para resolver os conflitos de pessoas ou entre pessoas, mas também para evitar que ocorram, prevenindo-os. Na verdade, pois, o conflito é de interesses, e não de pessoas. Por outro lado, é preciso observar que, diante da simples hipótese de conflito, o direito previamente limita ou define o que cabe a cada um, tratando-se o conflito de uma divergência entre a atuação dos sujeitos e a vontade da lei.

O direito, por conseguinte, não depende do conflito entre pessoas, mas exatamente existe para evitá-los, atribuindo a cada um a sua parcela de participação nos bens naturais e sociais. É importante lembrar, também, que, ao regulamentar a satisfação dos interesses, o direito leva em consideração não só os interesses dos indivíduos A ou B, mas também os interesses coletivos e, ainda, os interesses que transcendem as necessidades individuais e são focalizados como imposições da sociedade, como pretensão de valores superiores à vontade individual, sobre os quais as pessoas não têm disponibilidade, consubstanciados no termo "interesse público".

O interesse convergente sobre os bens, portanto, pode ser:

- a.** individual, quando afeta uma pessoa;
- b.** coletivo, quando afeta um grupo de pessoas, representando a soma dos interesses individuais;

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) classificou os direitos coletivos em *individuais homogêneos, coletivos e difusos*. Ainda

que suas definições sejam essenciais para institutos como a ação civil pública, a legitimidade do Ministério Público e outros, não há necessidade neste momento de se examiná-los.

c. público, quando transcende, inclusive, a soma dos interesses individuais e afeta a sociedade como um todo, em seus objetivos básicos.

O direito disciplina todos esses interesses que se contrapõem, às vezes se superpõem, contradizem-se, interdizem-se, interferem-se, influenciam-se. O vórtice de interesses, ademais, incrementa-se em virtude de conflitos entre suas diversas categorias. Assim, por exemplo, perante determinado fato, podem convergir um ou diversos interesses individuais, um interesse coletivo e, também, o interesse público. Cabe ao direito, portanto, sua disciplina, determinando, em cada caso, qual deve prevalecer, qual deve ser satisfeito.

O critério de escolha decorre do valor que pretende o direito ver prevalecer.

Aliás, é impossível compreender-se o direito com abstração de seus valores constitutivos, como afirma Miguel Reale^[4], devendo, porém, evitarem-se dois extremos: de um lado, o dos que pretendem, a todo transe, atingir um conceito de direito livre de qualquer nota axiológica, projetando a ideia de justiça fora do processo da juridicidade positiva (Stammler e Del Vecchio); e, de outro lado, o dos que identificam positividade jurídica e justiça, indivíduo e sociedade (Hegel, Gentile, Binding).

Não é possível, portanto, estabelecer um conceito puramente formal de direito, ou seja, o de um direito que exista, independentemente de fundamento, só porque foi editado, e, também, é impossível, no extremo oposto, um direito que se confunda com a própria ideia de justiça absoluta.

O direito tem por fim a realização da justiça, que, ademais, o justifica. Mas, em determinado momento histórico, pode a realidade positiva deixar de atender ao valor da justiça que deve ser concretizada pela realidade jurídica. Aliás, a justiça é também um conceito histórico, isto é, depende das circunstâncias socioculturais e, inclusive, da perspectiva subjetiva necessariamente condicionada de cada pessoa que analisa o direito positivo.

O direito pode ser analisado sob quatro atitudes relativamente aos valores:

1. a primeira refere-se à realidade jurídica, isto é, ao direito positivo, aos valores, considerando o direito como fato cultural. É esta a atitude essencial da ciência do direito, que o examina como um dado, referindo-o, porém, ao valor que pretende realizar ou que deveria realizar;

2. a segunda é a atitude valorativa, que considera o direito como um valor de cultura, analisando-lhe os pressupostos; é esta a atitude essencial da filosofia do direito;

3. a terceira é a atitude superadora dos valores, que considera o direito de forma transcendente; é a atitude da filosofia religiosa do direito;

4. finalmente, a quarta é a do estudo do direito como um fato social, atitude não valorativa, que é própria da sociologia do direito[5].

A atitude do jurista, portanto, diante do direito, é a primeira, encarando-o como é, e não como deve ser. Os valores que o integram serão analisados como um de seus elementos junto com a norma e o fato, referidos todos a um momento histórico-cultural. Não se abstrairá, portanto, da realidade positiva, porquanto o estudo da ideia do direito ou do direito ideal em si mesmo escapa, como vimos, do campo da ciência do direito.

Estas observações preliminares são importantes em virtude de duas tendências igualmente inadequadas que devem ser evitadas: a de tirar do direito positivo seu conteúdo ou referência axiológica ou, ao contrário, a de desprezar a realidade normativa ou fática, dando ao direito o conteúdo que deveria ter ou que gostaríamos que tivesse.

O tema se torna mais delicado quando o direito define os direitos individuais, ou liberdades públicas, matéria em que tem grande importância a concepção filosófica e moral do homem e da sociedade. Ela influirá na interpretação do direito positivo, mas não poderá, evidentemente, alterá-lo, porque a ordem jurídica democrática se sobrepõe às concepções individuais, inclusive a do juiz.

4. O VALOR DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

O conteúdo valorativo do direito, como vimos, especialmente no que se refere aos direitos individuais, é importantíssimo, porque interfere, inclusive, na aceitação da existência do direito natural ou de um direito inerente à pessoa humana.

Todas as consagrações constitucionais de direitos supõem a existência de alguns direitos básicos da pessoa humana, os quais pairam, inclusive, acima do Estado, porquanto este tem como um de seus fins principais a garantia desses direitos.

Tal concepção, porém, tem sido objeto de críticas tanto pelos positivistas quanto pelos que sustentam o direito puramente formal. Os primeiros porque não admitem no direito nenhuma estimativa de valor, ou o direito natural, e os outros porque afirmam não existir direitos fora ou acima do Estado ou da ordem jurídica estabelecida, já que os direitos ou liberdades individuais seriam apenas os garantidos por um ordenamento constitucional em dado momento histórico e em dado lugar.

Ambas as posições, porém, são extremadas e unilaterais, e, portanto, inaceitáveis.

O direito talvez cronologicamente coincida com o homem e a sociedade, mas não pode ser entendido senão em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana. Aliás, toda ordem jurídica não teria sentido se não tivesse por fim ou conteúdo a realização desses valores. Logicamente, portanto, o valor da pessoa humana antecede o próprio direito positivo, condiciona-o e dá-lhe razão de existir.

Mesmo os defensores do formalismo jurídico, como Stammler e Del Vecchio, não conseguiram concepção puramente formal da

realidade jurídica, porquanto admitiram, como bases do direito, princípios ou máximas que, no fundo, são princípios éticos.

Stammler[6], por exemplo, apesar de seu formalismo, acaba enunciando princípios de um direito justo, cedendo, pois, aos conceitos éticos, que são os seguintes:

1. Princípios de respeito:

a. uma vontade não deve nunca ficar à mercê do arbítrio de outrem;

b. toda exigência jurídica deverá ser de tal forma que o obrigado seja visto como o próximo, isto é, como um semelhante.

2. Princípios de solidariedade:

a. um indivíduo juridicamente vinculado não deve nunca ser excluído da comunidade pela arbitrariedade de outro;

b. todo poder de disposição outorgado pelo direito só poderá excluir os demais de tal modo que, no excluído, se veja o próximo, um semelhante.

Stammler tenta ainda afirmar que os princípios do direito justo teriam apenas a significação de “pensamentos metódicos” que ajudem a escolher, entre normas jurídicas concretas que se ofereçam como decisivas e que apareçam no curso histórico, a norma justa.

Todavia, é inegável que o critério é valorativo e suprajurídico, a demonstrar a existência de algo que o direito deve preservar e que se encontra acima da realidade jurídica e histórica.

Esse valor supremo é o valor da pessoa humana, em função do qual todo o direito gravita e que constitui sua própria razão de ser.

Mesmo os chamados direitos sociais existem para a proteção do homem como indivíduo, e, ainda que aparentemente, em dado momento histórico, abduquem-se de prerrogativas individuais imediatas, o direito somente será justo se nessa abdicação se encontrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo.

A Constituição brasileira instituiu o Estado Democrático de Direito, sendo erigido como um dos seus fundamentos a "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III), de modo que é em torno dela que deve estruturar-se toda a ordem jurídica.

Nas palavras de Antonio Luis Chaves Camargo, a partir dessa previsão na Constituição Federal brasileira há reflexo na consciência universal deste direito, que determina o respeito mútuo entre as pessoas, e que se opõem à interferência indevida do Estado. Aliás, a dignidade existe na própria natureza da pessoa humana, em especial quando esta pessoa se relaciona com o mundo exterior, já que deve ser tratada sempre como um ser racional. Considerado um valor de difícil delimitação, seu conceito "se apresenta como uma intuição que cada pessoa tem de si na relação com o outro, quando na sua existência na sociedade". Por fim, afirma que, "embora pareça complexo o limite deste valor, sua concretização torna-se de fácil assimilação,

sempre que se pretende restringir a liberdade do homem, além do limite determinado por lei”[7].

A restrição de direitos individuais, portanto, tem sentido e conteúdo quando a prevalência da vontade de um indivíduo pode representar a destruição ou perigo de destruição de outras vontades individuais legítimas.

É certo que a concepção filosófica ou ideológica de determinada sociedade e, portanto, de determinado direito pode influir na maior ou menor dosagem de faculdades individuais, mesmo porque pode variar a própria concepção que se faça da pessoa humana, seu destino, suas necessidades, sua essência espiritual ou material etc.

Daí, então, para fazermos obra jurídica, devemos analisar no atual sistema constitucional brasileiro as garantias e direitos fundamentais como previstos no direito positivo, sem esquecer, porém, sua referência aos valores que tendem a realizar, os quais, por outro lado, não são estudados como realidades autônomas, porque, neste caso, a obra não seria mais jurídica, e sim filosófica.

5. O DIREITO E O PROCESSO

Simultaneamente ao nascimento do direito, que tem por fim a solução justa dos conflitos ou convergências de interesses, surgem os mecanismos, previstos pelo próprio direito, de efetivação das soluções por ele dispostas.

Costuma-se dividir o sistema de efetivação de direitos em três fases distintas: a autotutela, a autocomposição e a jurisdição. Na primeira, em virtude da inexistência de um Estado suficientemente

forte para superar as vontades individuais, os litígios eram solucionados pelas próprias forças, imperando a lei do mais forte. Na segunda, as partes abriam mão de seu interesse ou de parte dele, de forma que, por meio de concessões recíprocas, seria possível chegar à solução dos conflitos. Na terceira, própria de um estado de direito, o Estado manteria órgãos distintos e independentes, desvinculados e livres da vontade das partes, os quais, imparcialmente, deteriam o poder de dizer o direito e constranger o inconformado a submeter-se à vontade da lei.

Essas três fases, que podemos aceitar como logicamente existentes, não existiram em termos cronológicos, isto é, não são fases históricas propriamente ditas, mas princípios lógicos e de justiça que se digladiaram em todos os momentos históricos e ainda hoje se digladiam, prevalecendo ora um, ora outro, em determinada época.

Com efeito, se estudarmos as sociedades mais primitivas, as sociedades tribais, já veremos a autoridade do chefe, do *pater familias*, do cacique etc. dizendo o direito e aplicando sanções. E mesmo nas sociedades em que certos litígios eram resolvidos pelo desforço físico, as lições eram supervisionadas pela autoridade, e seu resultado garantido por esta. Por outro lado, a autocomposição jamais existiu como fase histórica, porque jamais o homem foi tão altruísta a ponto de erigir como regra a renúncia, a abdicação, a transigência. Isto, aliás, não aconteceu nem nas sociedades religiosas.

O que vemos, por conseguinte, é a existência de dois sistemas ou duas fases a respeito da efetivação do direito: um em que não são previamente garantidos os direitos individuais, no sentido de que uma sentença justa não decorre do sistema, mas das contingências da força, da eventual bondade ou transigência do chefe; outro em que o sistema é cercado de garantias previamente estabelecidas, de modo que a aplicação do direito se faça de maneira formalmente igual para todos, prevalecendo o império da lei, e não o da vontade individual. A lei prevalece, ainda que contra a vontade do detentor do poder, o qual também a ela se submete.

No primeiro sistema, na verdade, a crise ou deficiência não era exatamente do mecanismo de aplicação ou efetivação do direito, mas do próprio direito, mutável segundo a vontade do chefe, contra o qual não era oponível direito individual. É importante observar, neste passo, que o grande problema do direito ou do processo não foi jamais o das relações entre indivíduos, mas especialmente o da relação entre o indivíduo e os detentores do poder, ou o Estado. Entre dois indivíduos sempre foi possível a superposição de árbitro escolhido ou autoridade judicante, mas entre o próprio Estado e o indivíduo somente em época mais recente se institucionalizou a ideia da garantia dos direitos e o respectivo sistema para efetivá-la. Aliás, quando se exigiu a existência de direitos oponíveis contra o chefe, ou contra o Estado, imediatamente se reclamou o mecanismo processual para respeitá-los.

Direito e processo, portanto, caminham juntos, de modo que este é instrumento daquele e, aliás, dignifica-se na razão direta em que

aquele se manifesta como que buscando a estabilidade e a justiça.

Indaga-se, de fato, se o processo se insere no próprio mecanismo de criação do direito ou se a sentença simplesmente aplica o direito previamente estabelecido.

O problema da criação do direito mediante a sentença judicial se encontra no centro da metodologia jurídica, disse-o Philipp Heck[8]. Na verdade, o problema é bastante complexo, no campo da própria filosofia do direito.

O mesmo autor coloca o problema especialmente no campo das lacunas da lei, que devem ser supridas pelo juiz, apresentando três formas teóricas para solucioná-las:

1. as lacunas da lei poderiam ser superadas mediante a livre estimativa do juiz, mediante a criação plenamente livre da norma jurídica para o caso concreto;

2. a segunda alternativa seria a da negativa de toda pretensão não sustentada por um preceito legal expresso, de forma que os interesses nessas condições se considerariam interesses que o legislador não quis proteger;

3. a terceira seria a da complementação coerente da norma, isto é, o juiz estaria autorizado a completar ou suprimir as normas insuficientes e dar às imprecisas a determinação de que carecem, não segundo as próprias valorações, mas de acordo com os ideais e interesses vitais que informam todo o sistema legal.

O problema, contudo, não se limita ao aspecto das lacunas da lei, mas a toda aplicação do direito, porquanto mesmo na aplicação de norma expressa, clara e precisa, a contribuição pessoal do juiz deve

ser analisada e apreciada para que possamos determinar qual o grau de participação da sentença na criação do direito.

Como sabemos, no que se refere às lacunas, nosso sistema jurídico é um sistema fechado, completo, isto é, sem espaços ajurídicos, porque o próprio direito estabelece os mecanismos de integração; daí se dizer que a lei pode ter lacunas, mas não o direito. Dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que serve de norma de aplicação geral das normas jurídicas no direito brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

E o art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Sobre o art. 126 do Código de Processo Civil é interessante lembrar que a redação primitiva do Código dava a entender que o juiz poderia aplicar alternativamente as normas legais ou os outros mecanismos de integração, afastando, pois, a vinculação do juiz à lei. Tal redação, porém, que aliás contrariava toda a tradição jurídica brasileira a respeito, foi corrigida antes que o Código entrasse em vigor, pela Lei n. 5.925, de 1º-10-1973.

No que se refere à relação entre o direito e o processo propriamente dito, como se sabe, a doutrina se divide em dois

grandes ramos: os defensores da conceituação unitária e os da conceituação dualista do ordenamento jurídico. O primeiro concebe o direito como nascendo no processo, isto é, o direito somente se concretiza com a ação individualizadora da sentença, dependendo sua própria existência da atividade do juiz. O segundo separa as atividades judiciária e legislativa, de modo que, no plano legislativo, são produzidos preceitos que se aplicam automaticamente diante da ocorrência de um fato juridicamente relevante, sendo que a função jurisdicional se limita a reconhecer essa vontade concreta do ordenamento jurídico e propiciar sua atuação prática.

A concepção unitária do direito teve origem na posição de Windscheid, na famosa polêmica que travou com Muther, e vai encontrar seu embasamento filosófico em Kelsen, com repercussão em filósofos do direito atuais, como Recaséns Siches, entendendo que a sentença judicial estabelece a ponte entre a generalidade da norma e a particularidade do caso concreto controvertido.

O fato, porém, e aqui está a concepção dualista, é que o direito existe independentemente da atividade do intérprete, seja o juiz, seja o particular, porque encontra, já, uma norma concreta e consumada. A atividade judicial, portanto, apenas reconhece o direito já concretizado, e, ainda que a decisão se baseie em fatores sociológicos ou teleológicos, não houve mais que o reconhecimento de que o direito preceituava concretamente daquela maneira.

Como discorre Cândido Rangel Dinamarco, "não cabe ao intérprete estabelecer um ainda inexistente contato entre o fato e a norma, nem dar a esta o significado que ditaram seus sentimentos

personais. Quando ele intervém, já encontra uma realidade consumada (o fato em sua relação lógica com a hipótese da norma geral, o significado desta e, enfim, a norma concreta que 'brotou' do encontro do fato com a norma). E o seu dever é o de ser fiel a essa realidade, referindo-a sem distorções históricas (quanto ao fato) ou axiológicas (quanto ao valor expresso na norma). Daí resulta que há concretização da norma, isto é, a sua aplicação ao caso concreto, não só independentemente da isenção do intérprete, mas também independentemente da opinião dos próprios sujeitos da relação jurídica e do seu comportamento (controvérsias, satisfação voluntária etc.)”[9].

Em decorrência disso e sob outro ângulo, entende-se que a sentença libera a coação estatal, uma vez reconhecida a norma regente do caso concreto; mas o direito, para sua existência, não depende da efetivação da coação. A característica do direito é a coercibilidade, isto é, a previsão da sanção, da coação como ameaça, e não a coercitividade, que vincularia a própria formação do direito à sua violação e à imposição e ao uso da força. O direito já é pronto e acabado quando normativiza uma conduta em relação à qual se comina uma sanção, vigente (existente logicamente na ordem jurídica) e eficaz (correspondente a um complexo social ou a relações intersubjetivas), e no momento em que ocorre o fato fundante de uma relação jurídica.

Conclui-se, portanto, e este dado é importantíssimo para o tema que desenvolvemos, que o próprio juiz está vinculado à lei e ao sistema de garantias, de forma que não se trata apenas de

transposição de uma ditadura do rei para o Judiciário, mas da institucionalização de um sistema em que as garantias atuem contra todos, inclusive contra o juiz, que deverá manter-se fiel à norma de conduta preestabelecida.

A questão é de grande atualidade.

Um Poder Judiciário autônomo e eficiente é indispensável à vivência democrática.

Sua função é a de manter a ordem jurídica, corrigindo a ilegalidade e assegurando o estado de direito. Sua atuação não é política, no sentido de participação em programas de governo ou propostas de evolução social em determinada direção. Seu mister é a tutela da liberdade no contexto do regramento jurídico que baliza a liberdade de uns em confronto com a liberdade dos outros.

Em momentos de agitação social, porém, esse conceito básico tende a entrar em crise. O sistema legal instituído torna-se insatisfatório. Os reclamos da sociedade, trazidos pelas pretensões individuais, parece que não mais se adaptam aos limites da legalidade estrita.

O Poder Judiciário, então, sente-se pressionado, vivenciando o conflito e, em vez de se manter nos limites do cumprimento da ordem jurídica, em número cada vez mais crescente de decisões, passa a criar um direito novo.

O fenômeno não é novo nem de um só país.

Calamandrei, numa conferência proferida em Bari em março de 1955, disse: "Há tempos de rápida transformação em que o juiz deve ter a coragem de ser o precursor, o antecessor, o incitador",

mas afirmou, também, que “há tempos de estabilidade social em que o juiz deve limitar-se a secundar o legislador, sendo seu fiel sequaz, acompanhando-o passo a passo”.

Reconhecem Federico Mancini e Pio Marconi, relatores do tema “O juiz e a política”[\[10\]](#), as dificuldades dessa colocação, porque Calamandrei, no fundo, indicava o perigo dos rompimentos que não sejam seguidos da recomposição, o perigo de uma atividade do Poder Judiciário que tenha tendência de ser permanentemente inovativa e sublinhava a necessidade de que, uma vez alcançadas novas fronteiras, o Poder Judiciário se alinhe ao legislador.

Mauro Cappelletti, respondendo aos relatores, reconheceu a procedência da pontuação de Calamandrei, mas afirmou a persistência do estado de crise na sociedade atual, de vazio de poder, em que é inevitável que se manifeste uma criatividade dos juízes e um certo grau de politização da justiça.

Infelizmente parece-nos que estamos presenciando um componente desagregador, que agrava a crise e é altamente comprometedor da dignidade do papel que o Poder Judiciário deve exercer no Estado Democrático, colocando em risco o relacionamento dos poderes e, em especial, a posição do Poder Judiciário nesse relacionamento.

Os avanços justificáveis nas decisões judiciais são aqueles resultantes de definidas pressões sociais e decorrentes também de consagrados componentes axiológicos. A possível força criativa da jurisprudência cinge-se à complementação da norma quando o único componente faltante é a sua formulação, porque os elementos

sociais e valorativos já estão clara e insistentemente colocados. Veja-se o que ocorreu com o reconhecimento dos direitos da concubina, a reparação do dano moral, apenas para citar exemplos, em que a jurisprudência se antecipou à lei formal.

Já sustentamos em outra oportunidade[11] não ser a jurisprudência fonte do direito, no sentido de que a função do juiz é declarativa de uma ordem jurídica preestabelecida pelas normas legais, de modo que a interpretação, mesmo a criativa ou progressista, não é mais do que a revelação do que a lei, em sentido amplo, quis para aquele caso, para aquela situação[12].

Não se deseja o apego a um positivismo tacanho e legalista, gramatical, literal e comodista. Admitem-se na interpretação e aplicação os elementos sociológicos, axiológicos, teleológicos etc., como aliás sempre ressaltou a Lei de Introdução ao Código Civil.

Mas exige-se que a “ruptura”, se assim podemos chamar a situação, dê-se como decorrência, como desdobramento do que o povo, única fonte do poder, quis e quer com a edição e vigência da norma.

Se, porém, como temos visto, o magistrado, alegando uma independência que não tem, abandona a ordem jurídica para decidir segundo os preceitos normativos que tem em seu íntimo, ele passa a praticar um ato de autoritarismo e contribui para a perigosa descrença no mais precioso dos bens jurídicos: o espaço de liberdade pública reservado a cada um pelo direito. O repto de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, não teve outro significado.

Cada juiz tem suas convicções pessoais, e isto é inevitável pela própria condição da natureza humana, mas elas não podem sobrepujar o império da lei e o conteúdo da missão a ele constitucionalmente reservada.

A independência do magistrado é a de aplicar o direito, observadas as condições sociais e axiológicas, e não a de repudiá-lo, porque essa atitude é autoritária e antidemocrática.

Precisas são as palavras de Vincenzo Balzano sobre a função do magistrado:

“O juiz é diretamente investido pela Constituição em seu poder de fazer justiça, sem subordinação que não seja a da lei e sem interposições ou vontade que o intermedeie, nem sob a forma de mediação nem sob a forma atributiva do poder. A atividade judiciária se personaliza exatamente em cada magistrado que, no ato de julgar, não se anula no aparato institucional da função, mas age como titular originário do poder”[\[13\]](#).

É assim que, para bem julgar, o magistrado precisa ter a visão cósmica da realidade jurídica e também a da realidade cultural. Não basta a informação, porque é necessária formação. E esta, sem prejuízo daquela, exige cultura humanística e uma visão global da humanidade.

Dispensa maiores comentários a importância do Poder Judiciário como instituição e do magistrado como pessoa na defesa das liberdades democráticas.

6. ATIVIDADE LEGISLATIVA, ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL: SEU RELACIONAMENTO

Três são as atividades fundamentais do Estado: a legislativa, a executiva ou administrativa e a jurisdicional.

Por intermédio da primeira são estabelecidas as normas gerais de conduta que, desde logo, passam concretamente a reger a atividade humana, distribuindo e definindo os direitos de cada um e os do próprio Estado. Esse conjunto de normas, seus mecanismos de integração, seus princípios, formam a ordem jurídica. Assim, a atividade legislativa consiste, basicamente, na elaboração de normas gerais de conduta, de previsão genérica de hipóteses com a respectiva consequência. De regra, a atividade legislativa concentra-se nos órgãos do Poder Legislativo, salvo as exceções de competência anômala para legislar, previstas na Constituição Federal.

O ramo do direito que regula a atividade legislativa é o próprio direito constitucional, por meio das normas de processo legislativo onde se define a iniciativa das leis, sua votação, sanção, promulgação, bem como seus diversos tipos.

A atividade legislativa se exerce, afora as normas constitucionais, pela elaboração de leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, quando com força de lei (CF, art. 59).

Dada sua generalidade, e mesmo forma de atuação, a atividade legislativa distingue-se, de maneira relativamente fácil, das atividades administrativa e jurisdicional. Já não é tão simples a separação entre atividade administrativa e jurisdicional, porque ambas têm por objeto a aplicação do direito e referem-se a hipóteses concretas. Aliás, como já se disse, houve época em que ambas se confundiam, cabendo, pois, maior reflexão para separá-las.

Entende-se, modernamente, em especial em virtude do ensinamento do mestre Chiovenda, que a administração é uma atividade primária, espontânea, que aplica o direito por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria administração. Já a atividade jurisdicional é atividade secundária, inerte, somente atua quando provocada e se substitui à atividade das partes, impedidas que estão de exercer seus direitos coativamente pelas próprias mãos. Este caráter de substitutividade constitui a nota distintiva da jurisdição.

7. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA (EVOLUÇÃO HISTÓRICA)

7.1. A antiguidade greco-romana

Após as escolas de Heráclito, a eleática e a pitagórica, em que as leis humanas se confundiam com o princípio do Cosmo, coube aos sofistas, com seu espírito crítico, trazer as indagações a respeito das leis humanas para o campo da vontade do homem, na forma em

que se realiza na experiência. Deixou-se, então, a procura de um princípio universal e desenvolveu-se a análise do mundo das normas de conduta como ele se apresenta.

Sócrates, nascido na escola sofista, foi o mestre da razão. Com isto afastou-se dos sofistas, porque via nas leis um fundamento racional, e não arbitrário. Erigiu como dogma racional a obediência às leis, ainda que injustas, porque o bom cidadão deve mesmo obedecer às leis e nunca induzir outros a desobedecerem àquelas necessárias para garantia do Estado, o que é indispensável à convivência.

O homem em face do Estado já é visto com individualidade, mas a concepção de vida grega foi eminentemente política, intelectual e filosófica, de modo que não se indagou a respeito de direitos do homem como indivíduo contra o Estado.

Platão, discípulo de Sócrates e que ensinou na forma de diálogos, concebeu o mundo das ideias como a verdadeira realidade, do qual o mundo dos sentidos, imperfeito, seria um mero reflexo. Após desenhar, na *República*, o mundo ideal, em que governariam os sábios, reconhece, no diálogo *As leis*, as deficiências do mundo empírico. Revela, neste último, um grande respeito à personalidade humana, circunscrita, porém, sempre aos homens livres, ao passo que na *República* predominara o Estado ideal. No diálogo *O político*, Platão concebe um governante também sujeito às leis do Estado, sujeição necessária para que o Estado não caia na anarquia.

Posteriormente, Aristóteles, pai da Lógica e expoente do pensamento grego, também fundamenta o direito em princípios

éticos, em que o supremo bem é a Felicidade decorrente da justiça, à qual dedicou estudo minucioso. Apesar de aceitar a escravidão, admite uma justiça entre o Estado e o indivíduo, chamada justiça distributiva, consagrada na fórmula: cada um deve receber honras e bens segundo seus méritos. O homem, ser político, só poderia viver dentro do Estado, mas neste seriam admitidas formas intermediárias como as famílias, tribos e aldeias. Preocupou-se, também, Aristóteles com a aplicação das leis, prevendo a equidade como instrumento corretivo da rigidez da justiça. Fez a distinção entre os poderes ou funções do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

A concepção filosófica grega, todavia, é evidente que historicamente condicionada, não concebeu sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado ou os governantes porque a violação da personalidade do cidadão merecia a reprovação da *polis*, por força de um julgamento ético e político, e não juridicamente institucionalizado.

Se o espírito grego foi filosófico, o gênio romano foi jurídico.

Os juristas romanos tinham formação filosófica e conheciam os pensadores gregos, mas sua preocupação foi eminentemente prática.

Reconheceram a possibilidade de divergência entre o justo e o lícito: nem tudo que é lícito é honesto, consagraram seus juristas. Conceberam três estratos de ordem jurídica: o *jus naturale*, racional e perpétuo, superior ao arbítrio humano; o *jus gentium*, inicialmente considerado o direito dos estrangeiros, mas posteriormente identificado como o elemento comum dos diversos direitos positivos;

e o *jus civile*, reservado aos cidadãos, formal e solene, regulador das relações individuais.

A superioridade e racionalidade do *jus naturale*, que não admitia, por exemplo, a escravidão, não tinha a força de retirar a validade do *jus gentium*, que a admitia. Como explica Del Vecchio, “o simples reconhecimento de que o direito positivo é contrário ao direito natural não basta de per si para o abolir, mas determina uma tendência para a sua reforma ou modificação, também no momento da aplicação judicial da lei mediante a *aequitas*”[14].

A preocupação romana, contudo, foi o relacionamento interindividual, alcançando, como se sabe, o processo romano alto grau de evolução, ainda hoje admirado. Em suas três fases (das ações da lei, o período formulário e o da *cognitio extra ordinem*) foi aprimorando a aplicação do direito, mas em nenhum momento o mecanismo judicial se estruturou no sentido de garantir a pessoa contra a vontade do imperador.

7.2. O cristianismo

Inegavelmente foi a doutrina cristã que mais valorizou a pessoa humana, definindo o homem como criado à imagem e semelhança de Deus. Mediante essa concepção, estabelecendo um vínculo entre o indivíduo e a divindade, superou-se a concepção do Estado como única unidade perfeita, de forma que o homem-cidadão foi substituído pelo homem-pessoa. Imediatamente, sentiu-se tal influência na mitigação das penalidades atroz, no respeito ao indivíduo como pessoa e em outros campos.

Todavia, atingindo Roma em pleno império e assistindo sua decadência, teve de adaptar-se às condições da época, e atuou mais como fator suasório à consciência do soberano que como nova estrutura social, a partir do imperador Constantino.

A primeira das grandes escolas cristãs, a Patrística, da qual Santo Agostinho é o maior representante, concebeu o Estado terreno como profundamente imperfeito e somente justificado como transição para o Estado divino, a *Civitas Dei*. O direito natural era, por outro lado, manifestação pura da vontade de Deus, à qual os direitos terrenos deveriam submeter-se.

A segunda grande escola, a Escolástica, com Santo Tomás de Aquino, afasta-se da concepção pessimista da realidade humana, buscando, à semelhança de Aristóteles, no homem, a natureza associativa e a potencialidade da constituição de um Estado justo e aceitável. Daí Santo Tomás prever três categorias de leis: a *lex aeterna*, decorrente da própria razão divina, perceptível por meio de suas manifestações; a *lex naturalis*, consistente nas regras determinadas pela participação da criatura racional na lei eterna; e, finalmente, a *lex humana*, consistente na aplicação da *lex naturalis* em casos concretos.

Para Santo Tomás, o Estado, como produto natural necessário, é uma imagem do reino divino, mas deve ser respeitado, inclusive quando, em determinado momento, a *lex humana* violar a *lex naturalis*. A insubmissão só será possível se aquela violar a *lex aeterna*. Por esse motivo, pode o Papa, representante do poder divino, punir o soberano, dispensando os súditos do dever de

obediência quando o Estado contrariar a Igreja. Esta concepção, que teve grande importância na Idade Média, contudo, somente atuou nas grandes violações dos chamados direitos humanos quando se colocou em jogo a própria integridade da Igreja ou o respeito a seus ditames. Não serviu, porém, para institucionalizar os direitos da personalidade contra o Estado.

Outro aspecto importantíssimo da doutrina cristã é o de que todo poder deriva de Deus e nele devem ser estabelecidos seus limites ou formas de atuação, e, se se valorizou a pessoa humana, todavia não se instrumentalizou o mecanismo concreto de sua proteção.

A supremacia da Igreja sobre o Estado, entretanto, entrou em discussão, especialmente em virtude dos pensadores ingleses, que, distantes do Papa, passaram a conceber os dois poderes, espiritual e temporal, como paralelos, e não o segundo como submetido ao primeiro, o que determinou, posteriormente, a eclosão da reforma religiosa.

Concomitantemente, desenvolvia-se na Inglaterra, e em outras dominações europeias, uma tradição de garantias do indivíduo, como veremos, que propiciou o surgimento da doutrina contratualista, a qual inverteu a fonte e origem do poder, de Deus para os próprios homens.

7.3. A Magna Carta e as Constituições de Federico II di Svevia

A Magna Carta tem sido referida como o marco decisivo entre o sistema de arbítrio real e a nova era das garantias individuais. É preciso, porém, analisá-la no que se refere ao seu conteúdo como

documento histórico, condicionado às circunstâncias da época, e como documento consagrador de um princípio modernamente acatado como indispensável pela civilização ocidental.

Como descreve André Maurois[15], quando os barões obrigaram João Sem Terra, em 1215, a firmar a Carta, as modernas ideias de liberdade nem sequer tinham sido formadas. “Liberdades”, aliás, significavam “privilégios” para os barões, tais como o de não pagarem ao rei taxas extraordinárias sem votação prévia deles próprios, o de escolherem os próprios oficiais ou o de manterem uma corte de justiça.

A ideia de direitos individuais, portanto, ainda não se formara no sentido de hoje, de direitos iguais para todos e que contra todos podem ser contrapostos. A Carta valeu, porém, por uma felicidade de redação, para que as gerações posteriores lessem o texto como fixador de princípios mais gerais, de obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade que o próprio rei deve respeitar.

É certo, também, que mesmo antes da Magna Carta já a justiça era distribuída com certas garantias, como é certo, ademais, que mesmo posteriormente foi esquecida, como por exemplo sob os reis Tudors, e descumprida, apesar de jurada, como sob o reinado de Henrique III.

Já no tempo de Henrique I, antes de João Sem Terra, este, no dia da coroação, outorgara uma Carta que prometeu cumprir, e se desenvolveu a instituição do júri, composto de pessoas do local, convocadas para apreciar a matéria de fato nos processos criminais,

o que representava garantia de justiça. O crime passou a ser considerado um atentado à paz real e foi avocado para as cortes oficiais, primitivamente presididas pelo *sheriff* e, posteriormente, pelos juízes vindos da Corte Real, assistidos pelos júris locais. Dada a seriedade do julgamento, particulares passaram a pedir para usar do júri real para a solução de suas pendências, o que foi admitido mediante pagamento.

O júri, na verdade, representou enorme evolução em relação ao sistema das ordálias ou juízos divinos, pelo fogo ou pela água, já inadequados à consciência da época, de forma que todo indivíduo passou a preferir ser julgado por ele, porque composto de vizinhos que apreciavam a informação de testemunhas.

O júri, porém, é anterior à Magna Carta. Desde 1166, a cada ano, em data fixa, partiam juízes da corte, precedidos de um *writ* (mandado) ao *sheriff* para que este convocasse determinado número de pessoas significativas na cidade, presidindo, tais juízes, essa assembleia e o júri nomeado pela assembleia entre os homens livres. Cabia ao júri, inclusive, a acusação dos suspeitos de crimes, passando posteriormente a função de acusador ao grande júri, mais numeroso, e a função de julgador sobre a verdade da acusação ao pequeno júri, aumentando as garantias dos acusados[16].

Quando, em 1215, os barões, relembrando a Carta de Henrique I, enviaram a João Sem Terra a *diffidatio* e o obrigaram, sob a força das armas, a assinar a Magna Carta, tal situação não mudou, mesmo porque não era dirigida às garantias do homem da comunidade. Valeu como a definição de princípio da monarquia

limitada, sem repercussão, porém, na época, às massas. Tanto que não foi traduzida para o inglês antes do século XVI.

Modernamente, porém, a sensibilidade jurídica aprecia seus princípios como fundamentais para as garantias do indivíduo.

Entre eles destacam-se o princípio do *habeas corpus* e o do júri, consagrados no seguinte texto: "Nenhum homem livre será encarcerado ou exilado, ou de qualquer forma destruído, a não ser pelo julgamento legal dos seus pares e por lei do país". Do mesmo texto se extrai, também, a exigência do devido processo legal, *due process of law*, e a da legalidade. Viu-se, também, nela o princípio da legalidade dos tributos e o respeito aos direitos adquiridos.

No continente europeu, porém, no decorrer do século XIII, maior influência teve a concepção de Estado e de organização jurídica de Federico II di Svevia. Este soberano, partindo do reino da Sicília e projetando-se para a Itália, impôs, por meio das "Constituições de Melfi", um conjunto de leis que todos eram obrigados a respeitar, independentemente das condições sociais, da religião que praticavam e dos privilégios que os nobres ainda tinham.

As Constituições de Melfi consagravam os seguintes princípios mais importantes: 1) a justiça só poderia ser administrada por tribunais constituídos por magistrados escolhidos pelo rei, não se admitindo tribunais especiais para nobres e outros para cidadãos comuns; 2) a cidade não poderia eleger magistrados que não tinham sido aceitos pelo soberano, e os crimes, especialmente os de sangue, deveriam ser punidos com a morte, fosse o culpado nobre ou plebeu.

Essas disposições revelavam que Federico II desejava uma igualdade jurídica entre os súditos, igualdade que somente poderia ser garantida pelo soberano que exercia o poder, quer sobre os nobres, quer sobre os demais. Seu conteúdo, portanto, foi muito mais penetrante do que a Magna Carta, não só porque aquela era uma carta de privilégios dos nobres em face de João Sem Terra, mas, também, talvez até por causa disso, distante da comunidade como um todo.

Não se deseja afirmar que as Constituições de Melfi de Federico II di Svevia tenham produzido a consequência prática por elas preconizada, no que se refere à igualdade jurídica, mas certamente desencadearam as tendências que eclodiram nos séculos XVII e XVIII, como adiante será exposto.

No plano efetivo, sem dúvida, as Constituições de Melfi foram mais significativas do que a Magna Carta, que ficou latente por vários séculos[17].

7.4. Do contratualismo às declarações de direitos

Firmada a Magna Carta, procurou João Sem Terra livrar-se dela, solicitando a suspensão de seu cumprimento ao Papa, e vários séculos se passaram antes que seus princípios fossem respeitados. Para que tal ocorresse, foi decisiva a influência do contratualismo. Marcílio de Pádua e Occam, nos séculos XIII e XIV, consagrando a orientação dos gibelinos, redefinem a origem do poder e da sociedade. Para eles, o Estado deriva da vontade dos homens, única substância de toda a vida social e histórica[18].

Inicialmente, essa concepção teve por fim estabelecer reação contra o poder papal, mas, posteriormente, serviu de fundamento para a compreensão de que, se o Estado deriva da vontade contratual dos homens, estes, também por sua vontade, poderão desfazê-lo, e se o quiserem poderão reconstruí-lo em novas bases, com a garantia de liberdade contra o próprio Estado.

O campo estava preparado, portanto, para o surgimento da Reforma, cujo princípio fundamental foi a liberdade de consciência, de Rousseau, do enciclopedismo e da Revolução Francesa. Nos Estados Unidos, decorrente da experiência inglesa, estava preparado o espírito para as declarações de direitos de Virgínia, Nova Jersey e Carolina do Norte. A Revolução Francesa e a Independência Americana, mediante de declarações formais de direitos, consagravam, então, a experiência inglesa da Magna Carta e do *Habeas Corpus Act* de 1679, especialmente quanto à consciência de que direitos somente têm consistência se acompanhados dos instrumentos processuais para a sua proteção e efetivação.

Discorre Pontes de Miranda a respeito:

“As liberdades têm de ser exercidas. Daí o tríplice problema: o da conceituação científica (enunciado); o da asseguuração (e. g. inclusão na Declaração de Direitos); o das garantias. A felicidade dos ingleses foi terem conseguido as três, de modo a completarem cedo a evolução política (1215-1679). E tê-las exigido antes dos outros povos europeus – o que lhes permitiu desenvolverem-se mais, e com maior rapidez. A garantia do ‘habeas corpus’ confirma o senso prático dos ingleses e ainda hoje é o melhor remédio da liberdade e o único suficiente”[19].

Da mesma época e de igual inspiração contratualista é o livro de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, de 1764, verdadeiro repto contra a desumanidade das penas, mas na verdade mais do que isso, porque fixador do princípio da legalidade do direito penal e da limitação do arbítrio de qualquer autoridade, inclusive a judicial. Do “grande pequeno livro”, como o denominou Faustin Helie, se extrai, na verdade, o grande ensinamento de que além da previsão formal dos crimes e das penas é essencial a existência de mecanismo controlador da autoridade, isto é, de um processo cercado de garantias para que se efetive a justiça estabelecida previamente pela norma legal[20].

7.5. A época contemporânea

Das declarações formais de direitos, passou-se à sua incorporação nos textos constitucionais, inicialmente como preâmbulo, e, às vezes, como capítulo autônomo.

Nossa primeira Constituição escrita, a Constituição Imperial, já continha declaração de direitos e garantias, o que foi repetido e atualizado nas Cartas posteriores.

Não cabe, aqui, discutir se as declarações de direitos pairam acima das leis e textos constitucionais ou se representam, apenas, um programa político de determinado momento de evolução legal. O fato é que têm força na medida em que os textos constitucionais erigiram seus ditames como princípios informadores e de validade de toda ordem jurídica racional, e valem na medida em que essa mesma ordem jurídica está preparada para torná-las efetivas.

Hoje, não há povo civilizado que negue uma carta de direitos e respectivo mecanismo de efetivação, o que, todavia, ainda não significa uma garantia de justiça concreta, porquanto esses direitos podem variar ao sabor do pensamento político ou filosófico informador de determinado Estado.

Para exemplificar, examinando a primeira Constituição portuguesa após a chamada “Revolução dos Cravos” (Lei constitucional n. 1/82), verifica-se que é marcante, também, a preocupação de garantia dos direitos individuais, especialmente em face do Estado. No art. 9º está consignado o dever do próprio Estado de garantir “os direitos e liberdades fundamentais”; no art. 18, a força jurídica dos direitos: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”; no art. 20, o “acesso ao direito e aos tribunais”: “Todos têm direito à informação e à proteção jurídica, nos termos da lei. A todos é assegurado o acesso aos tribunais para a defesa de seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”; no art. 21, o direito de resistência: “Todos têm direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”; e, além de outros direitos individuais, no art. 205, a força das decisões dos tribunais: “As decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades. A

lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela sua inexecução”.

Apesar de todas as declarações, da consagração das liberdades, da institucionalização das garantias, ainda assim passou e passa o mundo por vicissitudes nesse campo, como a experiência comunista ou a nazista.

Interessante exemplo dessa afirmação é a Constituição chinesa de 4 de dezembro de 1982, em que são garantidas as liberdades de palavra, de correspondência, de imprensa, de associação, as liberdades individuais, o *habeas corpus* e outras, mas que devem ser usadas para criar uma atmosfera política em que coexistam o “centralismo e a democracia, a disciplina e a liberdade, a fim de favorecer a consolidação da liderança do partido e a ditadura do proletariado”.

Não foi em vão, portanto, após a Segunda Guerra Mundial, a reiteração e atualização dos princípios pela Carta das Nações Unidas, na qual Recaséns Siches[21] vê uma preocupação quase obsessiva pela proteção dos direitos e liberdades fundamentais do homem, reconsagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada solenemente na Assembleia Geral de 10 de dezembro de 1948.

A preocupação a respeito do tema, contudo, ainda não terminou, e, aliás, perdurará enquanto o homem for homem, tanto que se encontra em estudos na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) proposta de declaração universal dos direitos

processuais do homem, a fim de que, concretamente, sejam instrumentalizados os meios de efetivação dos direitos individuais. Dadas as peculiaridades processuais de cada país, acreditamos ser difícil a pormenorização excessiva prevista no projeto primitivo, o qual desce a detalhes como o sistema de recursos, a capacidade postulatória etc. Todavia, a preocupação é válida e acreditamos viável e útil a formalização de princípios básicos do processo, único instrumento adequado à verdadeira efetivação dos direitos.

7.6. Os direitos e garantias fundamentais na Constituição da República

Mantendo a tradição das Cartas anteriores, a Constituição Federal destaca, em capítulo autônomo, os direitos e garantias fundamentais. A consagração no texto constitucional é importante porque, dada a hierarquia das normas legais, faz com que tais disposições se sobreponham, quer ao legislador ordinário, quer ao administrador público.

Poderemos classificar, sem preocupação de rigor científico, os direitos e garantias em três espécies:

- 1.** direitos materiais;
- 2.** garantias formais;
- 3.** garantias instrumentais.

Antes de analisarmos essa classificação, convém lembrar que excluímos, desde logo, por não pertencer a este trabalho, o tema relativo aos direitos políticos e aos direitos sociais, sua efetivação e exercício, bem como aos direitos relativos à estrutura do Estado,

como, por exemplo, o direito ao regime republicano. Limitamo-nos ao estudo dos direitos individuais como relacionados no art. 5º da Constituição Federal.

Consideram-se direitos materiais aqueles diretamente outorgados pelo texto constitucional, o qual define, também, o seu conteúdo. Pode, eventualmente, certa delimitação ou regulamentação ser remetida à legislação ordinária, a qual, todavia, não poderá desvirtuar o direito constitucionalmente garantido.

Consideram-se garantias formais aquelas que, sem definir o conteúdo do direito, asseguram a ordem jurídica, os princípios da juridicidade, evitando o arbítrio, balizando a distribuição dos direitos em geral.

Consideram-se garantias instrumentais ou processuais as disposições que visam assegurar a efetividade dos direitos materiais e das garantias normais, cercando, por sua vez, sua aplicação de garantias.

Como exemplos de direitos materiais teríamos o da liberdade de consciência, o do sigilo de correspondência, o da livre manifestação do pensamento, o do livre exercício de qualquer trabalho e outros. Garantias formais são o princípio da legalidade (“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), o da isonomia ou igualdade (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”). Garantias instrumentais ou processuais são as do processo, como a

da ampla defesa, a instrução contraditória etc. Estas últimas são completadas pelas disposições que dão eficácia às decisões judiciais, como as que cominam pena de intervenção no Estado ou Município pelo descumprimento, e as garantias da magistratura. São também garantias instrumentais os próprios meios de provocação da atividade judicial: *habeas corpus*, mandado de segurança, de injunção, *habeas data* etc.

Difícil é, às vezes, distinguir-se o direito das garantias, e, dentro destas, as que sejam um direito em si mesmas e as que são instrumentos para sua efetivação. Todavia, a classificação tem apenas uma finalidade explicativa, desejando salientar que hoje devem estar indissociavelmente juntos os direitos, os meios de sua instrumentalização e as garantias de eficiência desses meios.

Finalmente, é necessário referir, conforme define o próprio texto constitucional, que a especificação dos direitos e garantias expressos na Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota (art. 5º, § 2º).

O conjunto de direitos individuais forma o patrimônio jurídico do indivíduo, o qual é completado por todos os demais direitos subjetivos que a pessoa adquire dentro da ordem jurídica. Os direitos subjetivos constitucionais servem de fundamento lógico e jurídico para os outros direitos considerados de hierarquia inferior. Isto não quer dizer, porém, que mesmo os direitos subjetivos não constitucionalmente garantidos possam ser violados. De forma indireta, o princípio da legalidade e o do respeito ao direito adquirido garantem a manutenção de todos os demais.

Hans Kelsen, o famoso filósofo da Teoria Pura do Direito, concebeu a ordem jurídica como uma pirâmide, em que as normas de hierarquia superior justificam e fundamentam as normas de hierarquia inferior. Assim, no topo da pirâmide encontrar-se-ia a norma fundamental, norma transcendental e garantidora da validade lógica de todas as demais. Em seguida, viriam as normas constitucionais, mais abaixo as normas nacionais, e assim por diante, até às normas particulares e os contratos. O direito de ação e o Judiciário, como instrumentos de efetivação de todas as garantias e direitos, servem como estrutura para toda a pirâmide, a qual, como dissemos, não teria a menor consistência se não tivesse mecanismo eficiente de manutenção. Poderíamos, aliás, usando de uma alegoria, dizer que a garantia jurisdicional é a estrutura de ferro que sustenta a pirâmide das normas jurídicas.

Dentro do título "Dos direitos e garantias fundamentais", os direitos e deveres individuais e coletivos foram consagrados no texto da Constituição da República de 1988 em seu art. 5º, com 78 incisos, os quais, porém, não os esgotam, porque não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No art. 5º encontram-se direitos, garantias, normas diretivas de políticas públicas, normas de proteção contra a prisão arbitrária, normas estruturais do processo e outras. As normas de interesse mais próximo ao Direito Processual serão analisadas em momento próprio.

As normas e princípios do art. 5º são de aplicação imediata, mas podem depender de regulamentação em nível legislativo, de modo que muitos de seus incisos têm leis disciplinando a sua aplicação prática.

As normas relativas a direitos e garantias individuais e coletivos estão entre as chamadas *cláusulas pétreas*, aquelas que não podem ser objeto de emendas (art. 60, § 4º, da Constituição). A qualidade de cláusula pétrea, porém, não quer dizer que as normas do art. 5º não possam ser aperfeiçoadas ou modernizadas. O que o art. 60, § 4º, proíbe são emendas tendentes a *abolir* os direitos e garantias individuais e não sua modificação ou modernização, desde que sejam respeitados os princípios fundamentais do Título I da Constituição.

8. O PROCESSO COMO GARANTIA ATIVA E PASSIVA

8.1. Aspectos gerais. Declaração de inconstitucionalidade.

Ministério Público

O direito estrutura-se, como da exposição histórica se depreende, de forma que, entre os direitos individuais e a vontade arbitrária de alguém, se interpõe a atuação da jurisdição, o poder de dizer o direito, garantido dentro do Estado, mas que pode controlar a própria atividade dos administradores públicos.

A jurisdição atua por intermédio de um instrumento que é o processo, e aos interessados a ordem jurídica outorga o direito de ação, isto é, o direito de pleitear em juízo a reparação das violações dos direitos.

Do processo distingue-se o procedimento, que é a forma pela qual se sucedem os atos processuais. O processo é algo mais profundo, uma verdadeira relação entre os sujeitos, e que foi explicado, em diversos momentos históricos, de forma diferente.

Para os doutrinadores franceses do século XVIII e por influência do contratualismo social, as partes se submetiam contratualmente ao Estado e, por via indireta, ao processo. Todavia, tal doutrina, hoje, tem apenas valor histórico, porquanto se reconhece que a vinculação das partes não é voluntária, mas cogente, e a natureza do vínculo é pública, e não privada. No direito romano clássico talvez a doutrina contratualista do processo tivesse razão de ser, dado o conteúdo privatístico da jurisdição, que era precedida de um acordo pré-processual entre partes, a *actio* e a *litiscontestatio*, formuladas numa fase chamada *in iure*.

Deve-se a Oscar von Bülow, numa obra sobre as exceções e pressupostos processuais, publicada na Alemanha em 1868, a moderna concepção do processo. Na época, dava-se muita importância à aparência externa dos atos processuais, tendo Bülow revelado que, subjacente à forma aparente, entre as partes e o juiz havia uma relação jurídica, de direito público, diferente da relação jurídica de direito material discutida, por força da qual, de um lado, o juiz assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito

deduzido em juízo, e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum[22].

A teoria da relação jurídica processual foi contestada apenas pela teoria do processo como situação jurídica, de Goldschmidt, mas ainda não foi superada, porque é a que melhor explica o fenômeno processual, daí ser quase universalmente aceita.

No processo, aos sujeitos que dele participam são atribuídos poderes, faculdades, deveres, sujeição e ônus, numa forma dinâmica, isto é, num suceder de atos que tendem para o ato-fim, a sentença, na qual o juiz aplica o direito.

O conjunto de normas e princípios que regula toda essa atividade é o direito processual. Este é autônomo em relação ao direito material que tem por fim realizar, mas é instrumental, porque existe para essa finalidade.

Por outro lado, os efeitos da jurisdição projetam-se fora do processo, porquanto a sujeição das partes não se limita à aceitação da decisão dentro da relação processual, mas consagra a validade da sentença no mundo jurídico em geral.

Já se falou que, por esse motivo, haveria uma verdadeira ditadura do Judiciário, poder que teria, sempre, a última palavra. Contudo, desde que o Poder Judiciário também se submeta à lei e respeite o sistema de inter-relacionamento dos poderes, não haverá ditadura ou prevalência de nenhum, e sim equilíbrio.

Como se sabe, três são os poderes da República: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Dentro da atividade típica de cada um, o Legislativo elabora as leis, as normas gerais de conduta; o Executivo administra, cumpre as leis, tendo em vista a finalidade do bem comum; o Judiciário, diante de um conflito de interesses a ele submetido, aplica a vontade concreta da lei, substituindo-se à atividade das partes.

No relacionamento entre os Poderes Executivo e Judiciário, há dois sistemas fundamentais.

No primeiro, chamado francês ou do “contencioso administrativo”, decorrente da ideia de separação absoluta de poderes, o Judiciário não decide as questões em que o Estado é parte; o próprio Poder Executivo destaca órgãos, chamados de “contencioso administrativo”, que têm na cúpula o Conselho de Estado, para julgar tais questões, com força de definitividade.

No Brasil, adotou-se o sistema chamado anglo-saxão ou da jurisdição única, no qual o Poder Judiciário pode examinar os atos administrativos quanto à sua legalidade. Por outro lado, as decisões da Administração podem sempre ser revistas, não tendo, jamais, a força de definitividade. Qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito individual, mesmo a causada pela Administração Pública, pode ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. Todavia, não pode o poder jurisdicional apreciar a conveniência e oportunidade do ato administrativo (o mérito do ato administrativo), aspectos cujo exame é privativo da própria Administração.

Distinguem-se, pois, a declaração de nulidade ou anulação do ato administrativo e a sua revogação.

A declaração de nulidade e a revogação são formas de desfazer o ato administrativo. Na revogação o ato é válido e produziu efeitos; é desfeito por conveniência ou por cessação dos motivos que o justificaram; na anulação o ato era viciado, e, como tal, pode ser declarado pela Administração ou pelo Judiciário.

A tutela da legalidade pelo Judiciário, porém, vai mais longe, ou seja, é ele o verdadeiro guardião da própria Constituição. Aliás, para que haja realmente uma coexistência de poderes interdependentes e equilibrados, é necessário que se assegure o cumprimento das normas constitucionais em primeiro lugar, dando-se força a um poder da mesma dignidade do Executivo e do Legislativo, o qual possa ter prerrogativa de, quando for o caso, declarar a inconstitucionalidade de leis de forma que não se consume a inconstitucionalidade lesiva aos direitos individuais. O Poder Judiciário, portanto, como diz Sanches Viamonte[23], é algo mais que a administração da justiça pura e simples: é o verdadeiro guardião da Constituição. Sem ele exercendo tal função, o princípio da legalidade que serve de fundamento à liberdade se tornaria vazio.

No Brasil, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos se exerce de duas maneiras:

a. *por ação direta*, perante o Supremo Tribunal Federal, ao qual compete julgar originariamente ação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I** – o Presidente da República;
- II** – a Mesa do Senado Federal;
- III** – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV** – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V** – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI** – o Procurador-Geral da República;
- VII** – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII** – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX** – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O texto constitucional prevê, ainda, a inconstitucionalidade por omissão, caso em que, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, § 1º) e a ação por descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º). As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º).

A ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade estão regulamentadas pela Lei n. 9.868/99, e a

de arguição de descumprimento de preceito fundamental, pela Lei n. 9.882/99.

b. de forma incidental, no curso dos processos em que os interessados pedem a correção da lesão ao direito e arguem, como fundamento, a inconstitucionalidade de lei ou ato.

Em ambos os casos, a solução é a mesma: afastada a lei inconstitucional, prevalece o direito consagrado pela sentença. Para efeitos gerais, no caso da declaração incidental, a norma será suspensa pelo Senado Federal (art. 52, X).

Nestes termos, podemos dizer que o processo representa uma dupla garantia: a ativa e a passiva.

O processo é garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade. Nesse sentido existe a garantia do *habeas corpus*, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra a violação do direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc.

O processo diz-se uma garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem o competente e devido processo legal. Ainda, é o processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão.

No que se refere aos atos administrativos em geral, tendo em vista a finalidade do bem comum, inverte-se o ônus de recorrer ao Judiciário, de modo que primeiro a Administração Pública atua autoexecutoriamente, cabendo à parte que se considerar lesada a iniciativa de pedir a correção do ato por meio de medida judicial, ou mesmo pedir, preventivamente, que não se concretize a violação do direito.

Entre particulares, porém, salvo os casos excepcionais de autotutela, a submissão a uma pretensão jamais decorre de ato próprio da parte de atuação do poder jurisdicional, após pedido formal do interessado, garantido o direito de defesa e as faculdades inerentes a ele.

A jurisdição atua, portanto, quando provocada pela parte que considera ter sido lesada em seus direitos, por ação ou omissão, seja de um particular, seja da Administração Pública.

Neste caso, diz-se que a jurisdição é contenciosa ou propriamente dita.

A jurisdição atua, também, quando a ordem jurídica, dada a relevância de certos direitos, considerados indisponíveis, atribui ao Poder Judiciário a função de fiscalizar determinados negócios jurídicos privados. Diz-se, então, que a jurisdição é voluntária ou graciosa, tradicionalmente definida como "a fiscalização do interesse público nos negócios jurídicos privados".

A doutrina dominante não considera a jurisdição voluntária como verdadeira jurisdição, aproximando-a da atividade administrativa. Todavia, modernamente, por influência da definição de Carnelutti, de

lide virtual, alguns doutrinadores a consideram também função jurisdicional.

O fato é que a jurisdição voluntária, apesar de ter princípios próprios (isto é, os protagonistas não se chamam partes, mas interessados, a coisa julgada opera diferentemente etc.), está tratada em todos os Códigos de Processo como importante parte da atuação do Poder Judiciário. E, em última análise, quando fiscaliza os direitos indisponíveis nos negócios privados, está fazendo valer a legalidade, o interesse público e a manutenção dos bens especialmente protegidos pela ordem jurídica.

É discutível a atuação da jurisdição voluntária no processo penal. O Poder Judiciário não exerce função consultiva, nem há previsão de nenhuma conduta, em matéria penal, que dependa de prévia autorização judicial. Todavia, tem havido pedidos de autorização para a realização do aborto legal ou do aborto do anencéfalo, como, também, para o desligamento de aparelhos mantenedores da chamada vida artificial. Tecnicamente o caso não seria de pedido de autorização judicial prévia, porque não cabe ao Poder Judiciário declarar se determinada conduta ainda não realizada será, ou não, um crime. O Judiciário, porém, tem enfrentado tais questões, que envolvem aspectos delicados relativos à vida e à dignidade humana, e sua decisão terá grande repercussão social.

No momento em que estão sendo escritas estas linhas o Supremo Tribunal Federal está em vias de decidir sobre a possibilidade do abortamento do anencéfalo, na Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde – CNTS.

Relator da ação, o Ministro Marco Aurélio concedeu liminar no dia 21-7-2004, determinando não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado relativas ao tema, como também reconheceu o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade.

Somente a primeira parte da decisão liminar foi referendada pelo Plenário, em sessão do dia 20-9-2004, revogando-se a segunda parte em que se reconhecia o direito de parto de fetos anencefálicos, estando pendente o julgamento do mérito.

Na defesa do interesse público e na manutenção do equilíbrio jurídico da sociedade, exerce função de grande relevância o Ministério Público. Nascido na qualidade de encarregado da defesa judicial dos interesses do soberano, referido numa *Ordonnance* francesa do início do século XIV, transformou-se modernamente numa instituição destinada a defender judicialmente os interesses considerados indisponíveis pela sociedade.

Paulatinamente, foi o Ministério Público libertando-se da representação do soberano para representar a sociedade e seus valores dominantes. Daí afirmar-se que o Ministério Público é um órgão do Estado, e não do Poder Executivo, e que exerce a função de agente do equilíbrio social.

Prevê a Constituição da República:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Sua atividade, portanto, se desenvolve tanto no processo civil quanto no processo penal.

No processo penal, o Ministério Público, representado pelos Promotores de Justiça, é o órgão do Estado que formula a acusação nos crimes de ação pública e acompanha toda a ação penal, fiscalizando a reta aplicação da lei, e, inclusive, as garantias do acusado.

No processo civil, o Ministério Público intervém sempre na defesa de um interesse público, às vezes indeterminado, consubstanciando-se sua atuação na promoção do cumprimento imparcial da lei, mas às vezes determinado pelo direito na pessoa de alguém especialmente protegido, como os menores e os incapazes.

Além de casos previstos em leis especiais, como por exemplo a Lei de Falências e Recuperação de Empresas, prevê o art. 82 do Código de Processo Civil:

“Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

É, ainda, muito importante a atuação do Ministério Público como órgão agente no caso de representação por inconstitucionalidade de lei, nas ações rescisórias, nas ações relativas aos registros públicos, na ação civil pública etc.

Exerce ele, portanto, relevante função como órgão fiscal da legalidade e da proteção dos valores da ordem jurídica e, conseqüentemente, dos direitos individuais.

8.2. O direito constitucional de ação

No direito romano do período das *legis actiones*, a composição dos litígios fazia-se entre o autor e o réu, os quais submetiam a questão ao magistrado privado. Com a evolução do império romano, mais tarde, a distribuição da justiça, com a supervisão do pretor, tornou-se função oficial.

No direito germânico bárbaro, predominavam as ordálias, isto é, os juízos divinos, em que as pendências eram resolvidas perante a assembleia de cidadãos, mas por atuação do desforço pessoal.

De fato, a consagração da justiça pública, novamente, vamos encontrar consignada como princípio na Magna Carta. O famoso Capítulo XXIX, além do esboço do *habeas corpus*, do julgamento pelos pares e do princípio da legalidade, também trouxe a idéia da justiça como função obrigatória do Estado e como direito dos cidadãos.

Antes da petição de 1215, ao rei era guardada a prerrogativa de conceder a coação estatal para a execução de devedores, por exemplo, somente mediante pagamento. Não se trata, como alguns querem interpretar, da existência das custas judiciais como hoje são entendidas. Era um verdadeiro pagamento para que o interessado pudesse ter os favores da coação oficial e que, no caso de recusa, determinava a não intervenção da autoridade real. Diferente é a situação, hoje, em que as custas são apenas taxas para atender às despesas do processo, e ainda de forma simbólica, e que não são impeditivas da Administração da Justiça, porque aos pobres é concedido o benefício da justiça gratuita, com isenção daqueles encargos.

Daí, então, ter sido consignado na Magna Carta que a justiça não deveria ser vendida, nem negada, e que deveria ser distribuída de forma correta.

Como aconteceu com os outros princípios também previstos no mesmo documento, só vários séculos mais tarde veio a efetivar-se.

Nos modernos sistemas processuais, inclusive o brasileiro, o direito de recorrer ao Judiciário para a correção das lesões aos direitos individuais tornou-se garantia constitucional. Dispõe o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A determinação constitucional dirige-se diretamente ao legislador ordinário e, conseqüentemente, a todos os atos, normativos ou não, que possam impedir o exercício do direito de ação.

Nesse dispositivo acha-se garantida a faculdade de pedir ao Judiciário a reparação da lesão de direito, praticada por particulares ou pelos próprios agentes do Poder Público, de tal forma que nem mesmo as leis processuais poderão estabelecer hipóteses que impeçam o exercício desse direito.

O direito de pedir a prestação jurisdicional, porém, não é incondicional e genérico. Ele nasce quando a pessoa reúne certas condições, previstas na legislação processual e de direito material, e que são: a legitimidade para a causa, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

Consiste a *legitimatío ad causam* na pertinência subjetiva da ação, no dizer de Alfredo Buzaid[24], isto é, no fato de estar, aquele que pede, autorizado a demandar sobre o objeto da demanda. Normalmente, tem legitimidade para a causa aquele que é titular ou sujeito da relação jurídica, objeto do processo, e sofreu a lesão de direito. Diz-se, então, nesse caso, que a legitimação é ordinária. Todavia, em casos especiais e expressos, a lei estabelece a possibilidade de alguém que não é o titular da relação jurídica de direito material propor, em nome próprio, ações em defesa de direito de outrem, caso em que a legitimação se chama extraordinária, ou, também, substituição processual.

Interesse processual é a necessidade de recorrer ao Judiciário, utilizando a adequada forma legal. Enquanto não se concretiza a lesão ao direito ou não se caracterize a ameaça concreta e próxima à lesão, não há interesse de demandar. A hipótese de interesse processual na fase de ameaça consagra-se claramente no caso de

habeas corpus ou mandado de segurança preventivos, em que a ameaça de lesão já é suficiente para justificar a medida. Por outro lado, é preciso, também, que a parte interessada use do meio adequado previsto pela lei para a correção da lesão, de modo que se pode dizer que o interesse só existe quando enquadrado na devida forma legal. O interesse processual, portanto, tem dois aspectos: é interesse-necessidade e interesse-adequação. Às vezes a lei estabelece certos requisitos prévios para que, posteriormente, esteja o prejudicado apto a recorrer ao Judiciário, como, por exemplo, notificação prévia, prestação de caução etc., mas tais requisitos não poderiam ser de molde a dificultar exageradamente a propositura da ação, porque seriam, nesse caso, inconstitucionais.

A possibilidade jurídica do pedido consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que em tese a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado. Não haveria possibilidade jurídica do pedido, por exemplo, se alguém, no atual momento, pleiteasse prisão por dívida fora dos casos de depositário infiel e dívida alimentar.

Essas condições não representam, ainda, o mérito do pedido, isto é, não definem se o autor tem, ou não, razão, mas, se estiver qualquer delas ausente, impedem que o juiz aprecie a pretensão. Faltando uma condição, o autor é carecedor da ação, mas não fica proibido de, posteriormente, propor a demanda quando ela estiver satisfeita.

O direito de pleitear a correção da lesão de direito, portanto, é um direito constitucionalmente garantido, condicionado, em cada caso concreto, à legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido.

De outra parte, não pode o Poder Judiciário recusar-se a exercer a função de dizer o direito. Preceitua o art. 126 do Código de Processo Civil:

“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”.

Por mais complexa que seja a relação jurídica e a norma legal que a define, é obrigado o juiz a apreciar o pedido, dizendo de sua procedência ou improcedência, desde que presentes as condições da ação e a regularidade formal do processo.

Verifica-se, em conclusão, que, mesmo não sendo o caso de *habeas corpus* ou mandado de segurança, ao prejudicado resta o direito de pedir a reparação da invasão ilegítima de seu patrimônio jurídico, por meio do direito de ação constitucionalmente garantido.

A tutela jurisdicional se concretiza de três formas básicas: segundo o pedido, o interesse da parte e as condições em que se encontra.

Será tutela jurisdicional de *conhecimento* quando o autor pede uma decisão ou sentença ao juiz sobre o mérito de sua pretensão, para que outrem, o réu, seja compelido a submeter-se à vontade da lei que teria violado. Neste caso, o processo desenvolve-se com a produção de provas e termina com uma sentença de declaração, constituição (modificação de relações jurídicas) ou condenação.

A declaração e a constituição, por si mesmas, atendem aos objetivos desejados pelo autor. Todavia, a condenação pode, ainda, encontrar no réu resistência para seu cumprimento. É preciso, portanto, que atue novamente a jurisdição, mediante o exercício do direito de ação, agora de forma diferente, para que seja o réu condenado concretamente compelido a cumprir o direito já declarado na sentença.

A tutela jurisdicional será, neste caso, de *execução*, desenvolvendo-se o processo mediante atos concretos de invasão do patrimônio jurídico para a satisfação da determinação contida na sentença, inclusive com a expropriação de bens do devedor para o pagamento do credor.

Todavia, seja durante o processo de conhecimento, seja antes da concretização da execução, pode ocorrer que a demora venha a acarretar o perecimento do direito pleiteado pelo autor, que está exercendo seu direito de ação. Daí, então, prever o sistema processual outra forma de pedido e, conseqüentemente, de tutela jurisdicional, a tutela *cautelar*. Para evitar, portanto, o *periculum in mora*, existe o provimento cautelar, que tem por fim garantir, provisoriamente, a permanência e integridade do direito até que se concretize a sua execução. No processo penal são exemplos de tutela cautelar as prisões processuais, a produção antecipada de provas entre as quais a interceptação telefônica, as medidas assecuratórias de arresto e sequestro de bens etc.

O sistema processual, como se vê, está preparado para tornar efetiva a garantia constitucional de ação.

8.3. A garantia do processo penal

Uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direitos é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição de penas criminais.

O sistema constitucional brasileiro não só estabelece tal garantia mas, também, cerca-a de requisitos básicos importantíssimos, como a ampla defesa e o contraditório, sobre os quais se discorrerá mais adiante.

A ordem jurídica atribui ao indivíduo a liberdade de agir, de modo que só em virtude de lei alguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. No que se refere, então, às restrições da liberdade decorrentes de sanção criminal, além da prévia cominação da pena e da descrição típica do delito, há necessidade de que seja a pessoa submetida ao devido processo legal. Aliás, como discorre Joaquim Canuto Mendes de Almeida[25], quem se submete é o próprio Estado, o qual está impedido de impor penas criminais sem o processo.

É na Constituição, portanto, que o processo penal vai encontrar seu embasamento, porque é na Constituição que estão consagrados os princípios do regime adotado por uma nação, e podemos dizer que o sistema brasileiro revela uma diretriz inequívoca de valorização da pessoa humana. Essa linha personalista encontra-se na garantia dos direitos do trabalhador, nas liberdades públicas etc., mas seria frágil se se abstraísse a definida proteção que se deseja dar ao homem acusado[26].

Apesar de o Estado Moderno ser intervencionista, sua interferência nos negócios jurídicos se dá no campo do domínio econômico, permanecendo resguardada a integridade do indivíduo como pessoa, no campo penal. Na descrição dos delitos e cominação de penas, a preocupação é a mesma; todavia, é no processo que ela se revela com maior amplitude, porque, na verdade, no processo penal não se julga apenas um fato delituoso, mas também uma pessoa.

O processo constitucionalmente estruturado, portanto, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia.

Costuma-se dizer que o processo penal é o modo pelo qual atua a jurisdição em matéria penal. Esta, fazendo atuar a ordem jurídica penal, deve definir, em relação a um caso concreto, se o acusado é culpado ou inocente, ou seja, se sua conduta constitui, ou não, ilícito penal, determinando a quantidade da pena que a tal fato corresponde. A sentença penal condenatória libera a coação estatal e autoriza, nos limites que fixar, a restrição à liberdade.

É de se repetir que também o juiz está sujeito ao princípio da legalidade. Cabe ao direito material, no caso o direito penal, estabelecer as condutas puníveis, as penas e as circunstâncias objetivas e subjetivas que sobre elas influem.

É importante a colaboração do juiz, especialmente no que se refere à aferição da personalidade do acusado nos julgamentos penais, mas esse elemento interfere como complementar na

apreciação completa do fato delituoso e consequente aplicação da pena.

Há doutrinadores de processo penal que têm deixado de discutir com a relevância devida a função do processo em si de garantia dos acusados. Não quanto às faculdades de defesa, que são amplamente tratadas, mas quanto à própria obrigatoriedade do processo que se interpõe entre a pretensão punitiva e o direito de liberdade. Talvez o tratamento menos amplo decorra da consagração tão profunda de tal princípio, que dispensa seu reexame ou reafirmação. Contudo, periodicamente, convém seja feita uma petição de princípios que recomponha os conceitos e determine a reapreciação de suas consequências.

O processo penal tem, também, uma função repressiva. Quando ocorre um fato delituoso, seu autor deve responder por meio do cumprimento de uma sanção pessoal. A estabilidade social assim o requer, mas também exige que somente seja condenado o culpado, evitando-se que se condene um inocente, o qual tem o direito de não ser punido, salvo nos casos previamente estabelecidos em lei. O processo penal é o instrumento para essa verificação.

Para os crimes dolosos contra a vida (homicídio, infanticídio, instigação ao suicídio e aborto), a Constituição Federal mantém expressamente a instituição do júri (art. 5º, XXXVIII), órgão judiciário constituído de leigos, isto é, de juízes não togados, não de carreira, recrutados entre os eleitores, e que se reúnem sob a presidência de um juiz que não vota nem pode interferir no resultado da decisão. Os jurados decidem se ocorreram, ou não, o

crime e as circunstâncias que podem influir sobre ele, nos termos da disciplina específica que será tratada no Capítulo próprio. Conforme o que ficar decidido pelos jurados, o juiz aplica a pena ou absolve, devendo manter-se nos estritos termos de conclusão das respostas do conselho da sentença.

Nascido na Inglaterra, como vimos, em substituição às ordálias ou juízos de Deus, foi o júri transportado para o continente europeu por ocasião da Revolução Francesa como um instrumento de garantias individuais, em virtude, também, da antiga redação da Magna Carta, que definiu o julgamento do homem livre “por seus pares”.

O que valia e vale para a Inglaterra e, hoje, Estados Unidos, todavia, não se adaptou bem no continente europeu, tanto que foi abolido na Alemanha, transformado em escabinado (sistema em que os juízes leigos votam junto com juízes togados e sob a presidência destes), na França e na Itália e bastante restringido em outros países.

Quanto à sua subsistência no Brasil, as divergências são apaixonadas.

José Frederico Marques, por exemplo, repelia sua manutenção:

“As imperfeições da justiça togada são facilmente corrigíveis. Basta que o legislador se atire ao trabalho de reformar o nosso malsinado processo penal, e em breve muitos dos males hoje existentes desaparecerão. Já com a soberania absurda do júri o mesmo não se verifica, visto que suas deficiências são congênicas e constitucionais... O fetichismo do júri clássico não se coaduna com as ingentes tarefas que na realidade são exigidas do juiz penal. E

esse júri, no Brasil, tem sido de um lamentável fracasso em relação à espinhosa missão que lhe cabe e é atribuída”[27].

Argumenta-se, ainda, que os juízes leigos não têm o mesmo preparo que o juiz togado para proteger-se das influências dos meios de comunicação e de outros mecanismos de pressão, e que o réu não é julgado “por seus pares”, o que seria da essência do júri, tendo em vista que a composição do tribunal é feita por membros, na quase unanimidade dos casos, oriundos de comunidades e camadas sociais diferentes das dos acusados.

Há, porém, os que defendem o júri ardorosamente tendo em vista a possibilidade do julgamento social, que pode levar em consideração fatores extraleais e alcançar a justiça substancial, livre das amarras legais formais.

Na Constituição de 1946, as decisões do júri eram expressamente definidas como soberanas, isto é, não podiam ser modificadas pelos tribunais de segundo grau quando esgotadas as possibilidades de impugnação. A Constituição de 1967, com a redação da emenda de 1969, não repetiu a característica da soberania, gerando polêmica sobre a manutenção dessa qualidade de suas decisões, predominando, todavia, o entendimento de que, mantido o júri, estava mantida a soberania. Durante o período de vigência daquela Constituição, o sistema do Código de Processo Penal foi observado, respeitando-se, portanto, a soberania.

O novo texto em vigor foi explícito: “É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos

veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (art. 5º, XXXVIII).

O procedimento do julgamento pelo júri encontra-se regulado nos arts. 406 e s. do Código de Processo Penal[28] (v. art. 394, § 3º), desenvolvendo-se em duas fases distintas.

A primeira, chamada “do sumário de culpa”, desenvolve-se da denúncia até à pronúncia; a segunda, a partir da preclusão da decisão de pronúncia é a do julgamento pelo Tribunal do Júri, propriamente dito.

O estudo detalhado do procedimento e suas alternativas será feito no capítulo próprio.

8.4. A proibição da justiça privada

Uma das conquistas no direito moderno e que se revela como verdadeira garantia dos direitos individuais é a da proibição da justiça privada ou da chamada “justiça pelas próprias mãos”.

Vimos que desde a época da Magna Carta já o Estado propiciava órgãos judicantes para que as partes deles se servissem para a efetivação da justiça. No próprio direito romano, da fase da *ordo judiciorum privatorum*, isto é, da justiça como atividade privada, antes da queda de Roma, evoluiu-se para a justiça estatal, a justiça pública.

A instituição definitiva, porém, da proibição da autotutela é dos tempos modernos, de forma que, atualmente, constitui crime a atuação pessoal, ainda que, objetivamente, o indivíduo tenha razão.

Estabelece, aliás, o art. 345 do Código Penal, que define o crime de “exercício arbitrário das próprias razões”: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”.

É fácil de entender que, se fosse admitida a justiça privada, estaríamos no império da insegurança e arbítrio. De fato, àquele que tem uma pretensão, quando atua concretamente para satisfazê-la, não importa a declaração da existência ou inexistência de seu direito, mas somente a submissão da vontade do outro à sua vontade.

O monopólio da justiça decorre dos princípios adotados pelo sistema constitucional brasileiro, sofrendo algumas exceções previstas em lei e que são justificadas pelas circunstâncias. A exceção mais ampla é a da autoexecutoriedade dos atos administrativos, sendo de outra parte comumente citados a autorização para o desforço imediato no caso de esbulho da posse (CC, art. 1.210), o direito de retenção de bens (CC, arts. 1.219 e 571, parágrafo único) e o direito de greve (CF, art. 9º).

Consiste a autoexecutoriedade na faculdade que tem a Administração de tomar decisões unilaterais executórias e de concretizar diretamente o seu objeto, lançando mão da força pública contra o

particular, independentemente de prévio pronunciamento jurisdicional[29].

Estes, e mais alguns especialíssimos, são os casos previstos em lei que excluem o crime do art. 345 do Código Penal.

No campo penal, por outro lado, em nenhuma hipótese se admite a autotutela. Mesmo a legítima defesa não é caso de autotutela. Age em legítima defesa quem repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, usando moderadamente dos meios necessários. Quem detém o poder punitivo penal é sempre o Estado, daí não ser possível conceber, em hipótese alguma, que o indivíduo, ao repelir a agressão injusta, esteja exercendo esse poder punitivo. O direito admite a legítima defesa, consagrando a conduta *secundum jus* como uma forma de proteção especial da inviolabilidade dos direitos atacados por agressão injusta, mas não como substitutivo da atividade punitiva do Estado. Este, por sua vez, também, no direito penal, não pode exercer, jamais, a autotutela. Nenhuma pena pode ser aplicada sem o devido processo legal: *Nulla poena sine iudicio*. Somente ao Judiciário cabe a aplicação das sanções penais.

A proibição da autotutela, porém, no campo dos direitos civis, não quer dizer que o direito não encoraje a conciliação, a autocomposição, quando os direitos das partes são disponíveis, isto é, as partes têm capacidade e poder de transigir. Aliás, o Código de Processo Civil acentuou a figura da conciliação, do juízo arbitral, da transação etc., mas, ante a resistência das partes, a invasão do patrimônio jurídico de outrem só se faz mediante ordem judicial.

9. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

9.1. *Garantias gerais*

Observado que o processo é garantia ativa e passiva, cabe referir o sistema constitucional de garantias do próprio processo, que o torna instrumento de justiça e de efetivação de direitos. Não basta, evidentemente, que se estabeleça a possibilidade do *habeas corpus*, do mandado de segurança, da ação, do processo penal etc. Se não se der ao processo garantias, e ao Judiciário poderes, sua atuação será inócua ou impossível.

Preveem, então, os textos constitucionais, além do direito ao *habeas corpus*, ação, processo penal etc., que são os instrumentos de tutela, um conjunto de normas relativas ao processo, de modo a propiciar-lhe segurança e efetividade.

Algumas, na Constituição, são exclusivamente destinadas ao processo penal; outras atingem o próprio órgão jurisdicional; outras, ainda, abrangem a distribuição da justiça, civil e penal, em geral.

Nem todas estão expressas nos incisos do art. 5º da Constituição, permanecendo sob a égide da fórmula genérica do § 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

São garantias gerais explícitas:

1. As garantias da magistratura, previstas no art. 95 da Constituição, que são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, instituídas a fim de dar ao juiz condições de imparcialidade e isenção em face de pressões externas.

Consiste a vitaliciedade na garantia de permanência no cargo, o qual não será perdido salvo por sentença judiciária. Somente por processo judicial poderá ser decretada a perda do cargo, como, por exemplo, a sentença penal condenatória por crime comum ou ligado à função.

A inamovibilidade consiste na garantia de permanência do juiz no juízo ou vara em que está julgando, não podendo ser removido ou sequer promovido a não ser por requerimento próprio. Poderá, todavia, haver remoção compulsória ou disponibilidade por motivo de interesse público, em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (CF, art. 93, VIII).

A terceira garantia é a irredutibilidade de vencimentos, instituída a fim de que não se use tal via indireta para coagir o juiz a decidir em determinado sentido. A irredutibilidade, porém, não atinge a isenção dos impostos gerais, inclusive o de renda e os impostos extraordinários, como no caso de iminência de guerra externa. Seria proibido, porém, algum imposto dirigido somente à magistratura, ou que, direta ou indiretamente, atingisse apenas os juízes (CF, art. 95, III).

2. Proíbe a Constituição Federal a criação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).

Não se deve confundir as justiças especiais com os chamados tribunais de exceção. As justiças especiais são as previstas na própria Constituição para o julgamento de determinadas causas, como a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar. A proibição dos juízes de exceção refere-se à eventual criação de órgãos específicos para a decisão civil ou penal de casos determinados, fora da estrutura do Poder Judiciário e, evidentemente, sem as garantias de investidura e de exercício. Os tribunais de exceção normalmente são instituídos em período revolucionário, para o julgamento de fatos políticos, e estão afastados pelo texto constitucional, que definiu quais os órgãos do Poder Judiciário e a competência básica das justiças especial e comum (arts. 92 e s.).

A criação de juízos de exceção viola, também, o princípio do juiz natural. A instituição do órgão jurisdicional deve ser anterior aos fatos, de forma que, quando ocorram, já seja possível indicar o tribunal que decidirá a questão. O juiz natural, ademais, por força do princípio da isonomia, não deve ser destacado para casos determinados, mas naturalmente ter a competência para todos os que ocorrerem nas mesmas condições na circunscrição de sua atuação.

O mesmo teor do art. 5º, XXXVII, da CF, pode ser encontrado no art. 14, I, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12-12-1991, promulgado pelo Decreto n. 592, de 6-7-

1992, e, igualmente, no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25-9-1992, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6-12-1992.

Convém, finalmente, lembrar que podem as leis de organização judiciária criar varas especializadas para o julgamento de causas cíveis ou criminais de determinadas matérias, sem violação do princípio do juiz natural ou da proibição dos tribunais de exceção. As varas especializadas se inserem na estrutura regular do Poder Judiciário, e seus juízes têm as garantias de investidura e exercício e têm competência geral para todos os fatos posteriores sobre a matéria especificada. Não há, portanto, nesse caso qualquer inconstitucionalidade.

O Conselho da Justiça Federal, em 12 de maio de 2003, baixou a Resolução n. 314, determinando aos Tribunais Regionais Federais a especialização de Varas Federais para o processamento de crimes contra o sistema financeiro nacional, de “lavagem” de dinheiro, e os praticados por organizações criminosas (última hipótese posteriormente incluída pela Resolução n. 517/2006).

Com efeito, o Egrégio Conselho da Justiça Federal da Terceira Região, para citar um exemplo, editou o Provimento n. 238, de 27 de agosto de 2004, que

especializou as 2^a e 6^a Varas Criminais da 1^a Subseção Judiciária de São Paulo, da Seção Judiciária de São Paulo, com competência exclusiva para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes de “lavagem”.

No entanto, em hipóteses como a citada, sustenta-se que a especialização das varas federais por meio de resolução assim como os atos normativos que a regulamentam, e a consequente redistribuição dos processos é inconstitucional, por ofensa aos princípios do juiz natural, da reserva de lei, da separação dos poderes e é ilegal por ofensa ao art. 75, parágrafo único, do CPP[30].

Mas não foi essa a conclusão do plenário do Supremo Tribunal Federal ao indeferir o *habeas corpus* n. 88.660/CE, nos termos do voto da relatora Ministra Cármen Lúcia, que pretendia a declaração de inconstitucionalidade não só da Resolução n. 314, como também da Resolução n. 10-A do Tribunal Regional da 5^a Região, regulamentadora, que determinou a redistribuição de um inquérito policial em andamento.

Observe que, inicialmente, a Min. Cármen Lúcia chegou a entender ilegal a Resolução n. 10-A, de 11-6-2003, pela inobservância do art. 75 do CPP,

quando determinou a redistribuição de feitos em andamento (fls. 17-18). No mérito, restou vencido apenas o Min. Marco Aurélio.

Quanto aos demais argumentos, assim fundamentou sua decisão, em síntese. É corolário do princípio da separação de poderes que algumas matérias, como a competência – matéria atinente à organização judiciária –, excluem-se do âmbito da reserva da legalidade específica. Distribuição interna de competência, atividade-fim do Poder Judiciário, sob pena de violar sua autonomia, não pode submeter-se ao Poder Legislativo. Não se trata, portanto, de competência do Poder, e sim de atribuições próprias para o exercício da jurisdição. Também não há violação ao princípio do juiz natural quando os juízes possuem a mesma competência *ratione loci*; a competência pela natureza da infração seja regulada pelas leis de organização judiciária; e não tenha sido oferecida a denúncia, momento em que se fixa a competência do juízo (princípio da *perpetuatio jurisdictionis*).

Um tipo de tribunal de exceção igualmente proibido é o chamado “foro privilegiado”, que seria algum juízo instituído para julgamento de processos cuja competência seria definida por razões personalíssimas, como raça, religião, riqueza etc.

Esse juízo seria discriminatório e, portanto, incompatível com o sistema constitucional.

Não incidem na situação, porém, os casos de competência originária dos tribunais determinados por prerrogativa de função. Certas autoridades são julgadas diretamente pelos tribunais superiores e de segundo grau, suprimido o primeiro grau. Essa supressão justifica-se em virtude da proteção especial que devem merecer certas funções públicas, cuja hierarquia corresponde, também, à hierarquia dos tribunais, daí a competência originária. No aspecto político a competência especial justifica-se porque os cargos públicos eletivos, ou não, são acessíveis a todos os brasileiros, de modo que a proteção a eles não é privilégio nem discriminação.

3. Ligado à proibição dos tribunais de exceção está o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII): “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Tal norma significa que as regras de determinação de competência devem ser instituídas previamente aos fatos e de maneira geral e abstrata de modo a impedir a interferência autoritária externa. Não se admite a escolha do magistrado para determinado caso, nem a exclusão ou afastamento do magistrado competente. Quando ocorre determinado fato, as regras de competência já apontam o juízo adequado, utilizando-se até o sistema aleatório do sorteio (distribuição) para que não haja interferência na escolha. É certo que há situações de deslocação da competência, como o caso do desaforamento, no procedimento do júri (CPP, arts. 427 e 428), mas são especialíssimas e determinadas

pelo interesse público e da justiça, sem prejuízo para o julgamento justo.

4. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF, art 5º, LIV). A garantia do *due process of law* é dupla. O processo, em primeiro lugar, é indispensável à aplicação de qualquer pena, conforme a regra *nulla poena sine iudicio*, significando o *devido* processo como o processo necessário. Em segundo lugar, o *devido* processo legal significa o adequado processo, ou seja, o processo que assegure a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa. A regra vale para o processo penal, mas também é aplicável ao processo civil no que concerne à perda de bens.

5. Completando e explicitando a garantia anterior, o inciso LV assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável.

Por sua vez, o contraditório é a técnica processual e procedimental que impõe a bilateralidade do processo. Todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação. A Constituição não exige, nem jamais exigiu,

que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática. Assim, por exemplo, é válida a prova pericial realizada na fase de inquérito policial, por determinação da autoridade policial, desde que, em juízo, possa ser impugnada e, se estiver errada, possa ser refeita. O contraditório, que é o instrumento técnico da ampla defesa, deve estar presente em todo o processo e não somente na instrução criminal, conforme dava a entender a redação defeituosa do texto constitucional anterior.

6. O inciso seguinte proíbe a utilização, no processo, de provas obtidas por meio ilícito. A regra é o resultado de opção do constituinte por uma das correntes doutrinárias que procuravam equacionar o problema. Uma delas entendia que as provas teriam validade, ou não, independentemente da ilicitude da obtenção, devendo a ilicitude ser apurada e punida separadamente, sem, porém, contaminar a prova. A segunda corrente entende que a obtenção ilícita da prova pode levar a sua ilicitude e conseqüente inadmissibilidade, mas desde que o bem jurídico sacrificado com a ilicitude tenha sido um bem de maior valor que o bem obtido com a apresentação da prova. Finalmente, o terceiro grupo de doutrinadores entende que a obtenção ilícita sempre contamina a prova, impedindo sua apresentação e validade judicial. Em favor dessa terceira corrente militam os argumentos mais fortes, quais

sejam: o que tem origem ilícita não pode tornar-se lícito posteriormente; as outras correntes doutrinárias poderiam encorajar a ilicitude, correndo o interessado o risco de ser punido desde que o resultado da prova fosse válido; os Códigos Processuais já preveem os mecanismos adequados para a obtenção coativa da prova, como a condução coercitiva da testemunha, a exibição de documento ou coisa, a busca e apreensão etc., não cabendo à parte fazer justiça pelas próprias mãos.

A jurisprudência anterior à nova Carta utilizava os argumentos da segunda corrente, sempre acentuando a gravidade da violação para afastar a validade da prova, como, por exemplo, a inadmissibilidade de confissão obtida por meio de tortura ou a gravação obtida com interceptação telefônica clandestina.

A Constituição, porém, optou pela adoção da terceira corrente, afirmando categoricamente a invalidade de prova obtida por meio ilícito. Creio, todavia, que o texto constitucional não pode ser interpretado de maneira radical. Haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo e a ser alcançado com a obtenção irregular da prova levará os tribunais a aceitá-la. Lembre-se, por exemplo, uma prova obtida por meio ilícito mas que levaria à absolvição de um inocente. Tal prova teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida, ainda que se sacrifique algum outro preceito legal. A norma constitucional de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale, portanto, como regra, mas certamente comportará exceções ditadas pela

incidência de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes.

7. O inciso LX assegura a publicidade dos atos processuais, admitido, contudo, o sigilo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. A regra não era expressa no sistema anterior, mas já estava incorporada à cultura do processo brasileiro. Os Códigos sempre consignaram a publicidade como regra, admitindo, como o texto constitucional agora consigna, atos ou processos a serem desenvolvidos em segredo de justiça para a defesa da moralidade pública e da intimidade das pessoas. A garantia da publicidade é uma garantia das outras garantias e, inclusive, da reta aplicação da lei. Nada melhor que a fiscalização da opinião pública para que a atuação judicial seja feita corretamente. A publicidade acaba atuando como obstativa de eventual arbitrariedade judicial.

A exigência da publicidade originou-se da reação liberal, da mesma época das declarações de direitos, contra os processos secretos, em que os juízes atuavam sem a censura do povo, em geral. Sua finalidade, portanto, foi a de permitir uma fiscalização por parte de todos os cidadãos que poderiam presenciar a distribuição da justiça.

É fácil imaginar que o conteúdo da garantia mudou na atualidade e abrandou-se. Com a institucionalização e independência do Poder Judiciário e os outros mecanismos de proteção dos direitos de defesa, bem como o crescimento das cidades, a garantia diminuiu de

importância, gerando, aliás, a preocupação oposta, a dos males do *strepitus processus*.

Por esse motivo, quando a publicidade pode fazer mais mal do que bem, o processo corre em segredo de justiça. Estabelece, pois, o art. 792 do Código de Processo Penal que as audiências, sessões e atos processuais serão, em regra, públicos, podendo o juiz, todavia, determinar que se realizem a portas fechadas, no caso de a publicidade poder acarretar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem. No processo civil, o art. 155 relaciona os casos em que os processos correm em segredo de justiça, afirmando, porém, a regra da publicidade.

O conhecimento dos autos, por conseguinte, não pode ser subtraído das partes e seus procuradores, permanecendo o princípio da publicidade geral se não houver inconveniente para o interesse público.

8. Finalmente, dentro das garantias gerais explícitas do art. 5º, a Constituição consigna no inciso LXXIV a assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Esta garantia é evidentemente instrumental em relação às demais porque propicia a sua efetivação. O texto em vigor é melhor que o anterior, que só assegurava a assistência judiciária. O atual assegura mais, a assistência jurídica, abrangendo, portanto, a orientação independentemente de procedimento judicial. No processo civil, a garantia se consubstancia pela gratuidade de custas e pela prestação, pelo Estado, de orientação e defesa jurídica de direitos da defensoria pública ou outros órgãos gratuitos de apoio jurídico às

pessoas. Na área penal a garantia se consubstancia na nomeação de advogado dativo a quem não tenha ou não possa ter defensor em processo penal.

9. Fora do capítulo próprio, mas também garantia básica da Administração da Justiça, está consignada no art. 93, IX, a garantia da fundamentação das decisões. A norma já era expressa em algumas outras Constituições, como a italiana e a norma fundamental portuguesa. Tem ela por finalidade assegurar precipuamente duas coisas: a coerência lógica da decisão, quer no plano fático, quer no plano jurídico, mas, principalmente, assegurar que a decisão tenha sido tomada com base em elementos contidos nos autos, os quais passaram pelo crivo do contraditório. Se o juiz pudesse decidir por convicção íntima, ficariam aniquilados os princípios do contraditório e da ampla defesa, entendendo-se esta não só no processo penal, mas também no conflito de interesses civil. O júri decide por convicção íntima, o que só se justifica em virtude de sua soberania e da possibilidade de fazer um julgamento social, independentemente dos fatos e da legalidade. A defesa da pessoa contra um eventual erro condenatório é feita, no júri, pelo poder de o juiz não mandar o réu ao julgamento popular, com impronúncia e com absolvição sumária.

Na Idade Média, o sistema de produção de provas e sua apreciação eram inquisitivos, não assegurando que a convicção do magistrado decorresse dos fatos efetivamente presenciados ou apurados. A distribuição da justiça era, então, feita segundo a convicção íntima do juiz.

Por influência do direito canônico, que voltou às origens romanas, surgiu a ideia de que esse poder ilimitado era grave perigo para os direitos individuais. O processo canônico, então, era basicamente escrito e documentado para que pudesse ser reapreciado por autoridades superiores.

As Ordenações legislativas do fim da Idade Média e começo da Idade Moderna passaram, também, a exigir documentação minuciosa das provas e a estabelecer peso legal ou valor fixo para cada um. O juiz decidia segundo o resultado da aplicação dos critérios legais. Esse método chama-se "sistema da prova legal", tendo predominado, por exemplo, nas Ordenações do Reino de Portugal, que chegaram a vigorar no Brasil. Hoje existem apenas alguns casos de prova legal nos processos civil e penal.

A apreciação da prova evoluiu, porém, para o sistema da persuasão racional, que consiste em o juiz poder apreciar livremente a prova, fundamentando sua decisão, porém, exclusivamente em material constante dos autos. Por outro lado, toda sentença conterà um relatório do ocorrido no processo e uma fundamentação, dos quais deve logicamente decorrer a parte dispositiva ou conclusão.

O sistema da persuasão racional é evidente garantia de correta distribuição da justiça, e completa o conjunto de garantias constitucionais do processo, porque ficariam todas as demais enfraquecidas ou inócuas se pudesse o juiz decidir sem fundamentação.

Além dessas garantias gerais expressas na Constituição, outras, ainda, podem ser extraídas dos princípios que ela adota, conforme norma do art. 5º, § 2º. É importante citar:

1. A garantia do duplo grau de jurisdição. Não está prevista no rol do bastante citado art. 5º, mas decorre do sistema constitucional. A estrutura do Poder Judiciário é escalonada em graus de jurisdição, afirmando o texto constitucional em várias passagens a competência dos tribunais para julgar “em grau de recurso”, daí a natural consequência de que, em princípio, as decisões não devem ser únicas.

Isto não quer dizer, porém, que não seja possível a supressão excepcional de graus de jurisdição pela legislação ordinária quando houver fundamento jurídico e social para tanto. Aliás, a própria Constituição Federal prevê casos de competência originária dos tribunais, sem possibilidade de recurso, e vemos, por exemplo, no art. 102, III, a referência ao recurso extraordinário para as causas decididas em *única* instância pelos tribunais, a admitir, portanto, a existência de ações propostas diretamente perante o segundo grau de jurisdição, com a supressão do primeiro. Todavia, a supressão de graus de jurisdição deve ser excepcional e expressa, porque a regra deve ser a pluralidade de decisões mediante a faculdade dos recursos.

O juiz único gera grave risco de decisão injusta, daí a necessidade do sistema recursal; mas também é indispensável a participação do juiz de primeiro grau, dada sua imediatidade ao fato e a possibilidade de melhor aferição da prova. O sistema ideal, portanto, é o da dupla apreciação, que, no Brasil, pode alcançar triplo ou quádruplo reexame, conforme a matéria, se surgir questão constitucional.

Chiovenda[31], famoso mestre do direito processual, reconhece no duplo grau de jurisdição uma garantia para o cidadão em três aspectos: na medida em que um julgamento reiterado torna, já por si, possível a correção dos erros; porque dois julgamentos são confiados a juízes diversos que apreciarão independentemente a matéria; e porque o segundo juiz se apresenta como mais autorizado que o primeiro.

2. A garantia do juiz imparcial. Completando o sistema de garantias gerais, dispõem os Códigos de Processo a respeito da exclusão do juiz impedido e suspeito.

No processo civil, é defeso ao juiz exercer suas funções no processo contencioso ou voluntário, nos casos do art. 134 do estatuto processual, no qual domina a ideia de afastar o juiz do julgamento de causa em que tenha interesse como parte, ou parente de parte ou pessoas que nela intervenham como advogado ou órgão do Ministério Público. Igualmente, pode ser afastado o juiz suspeito (art. 135), que é aquele que, em virtude de vinculação pessoal com as partes ou com a causa, como por exemplo o amigo íntimo ou o inimigo capital, não tem isenção de ânimo para decidir.

No processo penal, os casos de impedimento e suspeição, semelhantes aos do processo civil, estão previstos nos arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal.

O tema dispensa maiores comentários, porque é evidente que a imparcialidade é garantia essencial, porquanto a distribuição da justiça incorreria em grave risco se pudesse estar nas mãos de juiz pessoalmente interessado na causa. De um lado, haveria o prejuízo

das partes, que poderiam ter uma sentença não conforme o direito, mas conforme o sentimento do magistrado, e, de outro, o prejuízo do interesse público na distribuição da justiça e na aplicação do direito.

Os casos de impedimento são mais graves e proíbem o juiz de exercer o poder jurisdicional para o caso concreto, podendo ensejar, inclusive, a ação rescisória ou o *habeas corpus*, porque o processo criminal se torna “manifestamente nulo”. Já a suspeição depende de reconhecimento pelo juiz ou de provocação da parte, que pode recusar o juiz mediante o procedimento da exceção de suspeição.

3. Finalizando, é necessário referir, como importante instrumento de efetivação das garantias do processo, a previsão, no Código Penal, de diversos crimes que atuam como normas de proteção da distribuição da justiça.

Além do crime de desobediência (art. 330) e outros ligados à Administração em geral, especialmente referem-se ao processo os crimes de falso testemunho ou falsa perícia (art. 342), o de corrupção de testemunha ou perito (art. 343), o de coação no curso do processo contra o juiz, parte ou perito (art. 344), o de fraude processual (art. 347), os de patrocínio infiel, simultâneo ou tergiversação (art. 355 e seu parágrafo único), o de sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356), o de exploração de prestígio (art. 357), o de violência ou fraude em arrematação judicial (art. 358) e o de desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (art. 359).

Apesar de merecerem atualização, os delitos previstos no Código Penal completam o quadro das garantias do processo, sancionando os que violam seus princípios básicos.

9.2. A garantia da coisa julgada

As normas processuais, quando estruturam o desenvolvimento da atividade das partes e do juiz, devem atender a bens jurídicos nem sempre conciliáveis. De um lado, deve ser estabelecido sistema processual que garanta a efetivação do direito e da justiça da forma mais perfeita possível; de outro, deve ser garantida a estabilidade das relações jurídicas, a fim de que não se instaure a insegurança, terrivelmente prejudicial à convivência social.

Para atender à finalidade da justiça, existe, no processo, o sistema de recursos, pelos quais pode o interessado pedir o reexame das decisões por diversos órgãos jurisdicionais. Para atender à necessidade de segurança e estabilidade, existe o fenômeno da coisa julgada. Após serem esgotados todos os recursos, a decisão judicial torna-se imutável, não podendo ser alterada ainda que, objetivamente, tenha concluído contrariamente ao direito.

Define-se coisa julgada como a imutabilidade dos efeitos da sentença. Conforme lapidarmente ensina Liebman^[32], a coisa julgada não é um novo efeito da sentença, mas uma qualidade dos efeitos que naturalmente já tinha, sendo essa qualidade a imutabilidade. Nos termos do art. 467 do Código de Processo Civil, “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Diz-se que há coisa julgada formal quanto à imutabilidade dos efeitos da sentença dentro do processo, por inexistência de outros meios processuais de revisão; diz-se que há coisa julgada material em virtude de a imutabilidade projetar-se também fora do processo, impedindo a repetição da demanda e o reexame da matéria mesmo em processo autônomo.

Verifica-se, pois, que a imutabilidade da sentença, além de ter um fundamento lógico e social, de exigência de estabilidade das relações jurídicas, também tem um sentido de garantia individual, tanto que a Constituição Federal a protege inclusive contra as eventuais alterações legislativas: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI).

Com efeito, aquele que detém a seu favor uma decisão judicial irrecorrível e, portanto, imutável, tem o direito de não voltar a ser demandado quanto àquele objeto, inexistindo possibilidade de nova atuação jurisdicional.

Se isso é importante no processo civil, ganha extraordinária relevância no processo penal. Quem foi definitivamente julgado por determinado fato delituoso não mais poderá sê-lo, ainda que surjam novas provas, consistindo a coisa julgada em fato impeditivo do processo e de eventual condenação.

Para que a coisa julgada, porém, atue como impeditiva do processo, é preciso que a segunda demanda seja idêntica à primeira, isto é, tenha o mesmo pedido, as mesmas partes e o mesmo fundamento jurídico do pedido.

Para a identificação das ações, é muito importante o fundamento jurídico do pedido, que se apresenta diferentemente no processo civil e no processo penal. No primeiro, adotou-se o princípio da substanciação quanto ao fundamento jurídico da ação: o juiz decidirá sobre o fato descrito na inicial como fundamento da pretensão, não ficando, portanto, proibida a repetição do pedido se novo fato o justificar. No processo penal, porém, adotou-se o sistema da individuação, isto é, a descrição do fato feita na denúncia tem por fim simplesmente individuá-lo (e, é lógico, possibilitar a defesa), mas a atuação da justiça penal não fica limitada a ele, existindo, no Código de Processo Penal, o mecanismo de adaptação da denúncia à realidade, que poderá aparecer no curso da demanda (arts. 383 e 384, com a redação alterada pela Lei n. 11.719/2008). Em contrapartida, a coisa julgada atingirá não só o fato descrito na denúncia, mas o fato da natureza, o que verdadeiramente ocorreu, ainda que alguma de suas circunstâncias permaneça desconhecida pelo juiz. Assim, se alguém é processado por lesão corporal e é absolvido, não poderá sê-lo, posteriormente, quanto ao mesmo fato, por maus-tratos.

A coisa julgada penal pode ser garantida, inclusive, por meio de *habeas corpus*, que anulará processo atentatório a ela. Nem mesmo lei nova poderá atingi-la, aliás, como dispõe o acima referido texto constitucional, adicionando-se, porém, que, em matéria penal, se a nova lei beneficiar o réu, o novo benefício o atingirá retroativamente (art 5º, XL).

No processo civil, a imutabilidade da sentença sofre uma exceção, pelo prazo de dois anos depois do trânsito em julgado, podendo ser alterada por meio de ação rescisória, mas somente nos casos expressamente previstos no art. 485 do Código de Processo Civil. Após esses dois anos, nem mesmo os graves fatos ali relacionados terão o condão de permitir o reexame da causa.

No processo penal, a coisa julgada em favor do réu é absoluta. A justiça pública em hipótese alguma poderá renovar a acusação se houver sentença absolutória ou de extinção da punibilidade. Em favor do réu, porém, para a correção do erro judiciário, existe o processo de Revisão Criminal, previsto nos arts. 621 e s. do Código de Processo Penal.

É interessante, finalmente, observar que a garantia constitucional da coisa julgada nasce do processo, por meio da imutabilidade dos efeitos da sentença, mas transforma-se, posteriormente, em verdadeira garantia de direito material, porque incorpora ao patrimônio jurídico de seu beneficiário o direito substancial definido na sentença. Essa garantia, aliás, atua até contra as inovações legislativas, que não poderão retroagir para modificar a situação consagrada por sentença transitada em julgado, como acima dissemos.

Mais que a coisa julgada, porém, a estabilidade da situação jurídica consolidada impede a revisão ou modificação de relações jurídicas. É assente na jurisprudência e doutrina que não existe a garantia da coisa julgada contra disposição da Constituição porque esta instaura uma nova ordem jurídica, que pode desconsiderar a

ordem jurídica anterior. Aliás, a própria coisa julgada tem sua estabilidade garantida pela Constituição, que pode, portanto, afastá-la. Já a situação jurídica consolidada independe da Constituição porque está no patrimônio do indivíduo de maneira irreversível, dadas, aliás, as condicionantes fáticas. A estas situações consolidadas a nova ordem constitucional não atinge. Disposição em contrário seria violadora dos princípios naturais da convivência.

9.3. Os princípios constitucionais do processo penal

A Constituição da República preocupou-se mais em estabelecer garantias para o processo penal do que para o processo civil, tanto que, em relação a este último, além das garantias gerais, os princípios constitucionais são inferidos, de regra, mediante a interpretação do sistema e não por meio de textos expressos.

Sobre o tema, consultar José Lisboa da Gama Malcher, *Manual de processo penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, Capítulo III.

Talvez a solução constitucional se explique por dois motivos: o primeiro, em virtude da origem histórica das garantias individuais, basicamente instituídas como proteção contra o arbítrio penal; o segundo, em virtude de estar diretamente envolvida no processo penal a liberdade pessoal, em que o confronto Estado-particular é imediato e concreto, aí parecendo decididamente a necessidade de garantias, conforme aliás discorreremos neste mesmo capítulo.

Inicialmente, lembramos que no processo penal incidem, evidentemente, as garantias gerais tratadas acima, como as

prerrogativas da magistratura, a proibição de tribunais de exceção, a do duplo grau de jurisdição, a da imparcialidade do juiz e a da motivação das sentenças. No processo penal, porém, tornam-se muito importantes como condição fundamental da correta aplicação da lei penal.

Para o desenvolvimento e estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar.

Consiste a ampla defesa na oportunidade de o réu contraditar a acusação, mediante a previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa, como já se disse. Ampla defesa, porém, não significa oportunidades ou prazos ilimitados. Dentro do que a prática processual ensina, a lei estabelece os termos, os prazos e os recursos suficientes, de forma que a eficácia, ou não, da defesa dependa da atividade do réu, e não das limitações legais. O réu é também obrigado a cumprir os prazos da lei, nada podendo arguir se os deixou transcorrer sem justo motivo.

A ampla defesa se traduz, em termos objetivos, englobando a instrução contraditória, em algumas soluções técnicas dentro do processo, as quais, na verdade, tornam efetiva a garantia.

Entre elas podemos citar: a adoção do sistema acusatório, a apresentação formal da acusação, a citação regular, a instrução contraditória, o princípio da verdade real e o exercício de defesa técnica.

Consiste o sistema acusatório na separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador. Ele se contrapõe ao sistema inquisitivo, em que as funções acusatórias e judicantes se encontram englobadas na mesma pessoa, o juiz. No sistema acusatório, adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, e a ação penal privada pelo ofendido, de forma que pode o juiz manter-se equidistante da acusação e da defesa, garantindo uma decisão imparcial. É fácil verificar como o sistema inquisitivo não convém à distribuição da justiça, em virtude do comprometimento do magistrado com a acusação que ele mesmo formulou.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, havia duas exceções ao sistema acusatório em nossa sistemática. Nos procedimentos das contravenções penais, estendido pela Lei n. 4.611/65 também para os delitos de homicídio e lesões culposas (desde que a autoria fosse conhecida nos primeiros 15 dias), o ato de iniciativa poderia ser do juiz, por meio de uma portaria, ou da autoridade policial, por flagrante ou por portaria (art. 26 do CPP).

As exceções ao princípio acusatório acima aludidas, apesar de terem resistido ao crivo jurisdicional por mais de 30 anos, eram, na verdade, inconstitucionais, e no novo texto constitucional desaparecem totalmente.

A exclusividade da titularidade do Ministério Público para a ação penal pública (art. 129, I) revogou o procedimento de ofício (arts. 531 e s. do CPP) e também a Lei n. 4.611/65, de modo que no novo regime a ação penal nos crimes de ação penal pública será sempre iniciada por denúncia do Ministério Público, respeitando-se, portanto, o sistema acusatório.

Observe que, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95 (redação determinada pela Lei n. 11.313/2006), as contravenções penais são consideradas infrações de menor potencial ofensivo, submetendo-se, portanto, ao procedimento sumaríssimo da lei (arts. 77 e s.). No que tange às lesões culposas, a ação penal pública de iniciativa do Ministério Público dependerá de representação (art. 88).

O sistema acusatório, porém, não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição da verdade. Neste caso, porém, a atuação inquisitiva não se faz predeterminadamente nem a favor da acusação, nem da defesa, nem compromete a imparcialidade. O que se repele é a inquisitividade na formulação da acusação, a qual deve ser privativa do Ministério Público ou do ofendido.

Há autores que sustentam ser um grave erro atribuir poderes instrutórios ao julgador. Partidário dessa posição, no Brasil, argumenta Aury Lopes Jr. que o reconhecimento da prova por parte do juiz, na verdade, antecipa a formação de seu juízo. Com isso, o “juiz-instrutor” compromete o contraditório, estrutura dialética do processo, e sua própria imparcialidade[33].

Outro requisito essencial à ampla defesa é a apresentação clara e completa da acusação, que deve ser formulada de modo que possa o réu contrapor-se a seus termos. É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias. Uma descrição incompleta, dúbia ou que não seja de um fato típico penal gera a inépcia da denúncia e nulidade do processo, com a possibilidade de trancamento por meio de *habeas corpus*, se o juiz não rejeitar desde logo a inicial. Para que alguém possa preparar e realizar sua defesa é preciso que esteja claramente descrito o fato de que deve defender-se.

Ademais, deve essa acusação ser levada, em princípio, pessoalmente ao réu, por intermédio da citação. De regra, portanto, a citação deve ser pessoal, admitindo-se a citação ficta, por editais, somente quando o réu não puder ser encontrado. Nulidade de citação também é nulidade absoluta e insanável, podendo ser declarada a qualquer tempo, inclusive por *habeas corpus*.

Após a citação, as leis atribuem prazos para a apresentação da defesa, à qual deve ser permitido: contrariar a acusação, requerer a

produção de provas e recorrer quando houver inconformismo.

Essas faculdades podem ser resumidas no termo “contraditório”. O contraditório não se refere apenas à instrução, colheita de provas, mas à própria oportunidade de contrariar a acusação de modo, em tese, eficiente.

O contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presente; e recorrer quando inconformado.

Essas providências de defesa estão previstas como faculdades na legislação processual e não precisam efetivar-se em todos os casos, podendo o réu deixar voluntariamente de exercer as que entender desnecessárias.

Para que o exercício da defesa, porém, seja criterioso e amplo, é essencial a presença da chamada “defesa técnica”, que deve ser efetivada por advogado. Além do que o próprio réu, pessoalmente, possa trazer a seu favor, deve ele, ainda que não queira, ser acompanhado de advogado, o qual deve ser intimado de todos os atos processuais. Seja o réu presente ou revel, queira ele ou não queira, deve ter advogado, o qual supervisionará a defesa, garantindo sua eficiência técnica. No caso de recusar-se o réu a

constituir advogado, deverá o juiz nomear um para acompanhar sua defesa e responsabilizar-se por ela, fixando, posteriormente, a retribuição honorária, se puder o réu arcar com ela. No caso de ser pobre, o réu será defendido gratuitamente. Em outros sistemas processuais, como o inglês e o norte-americano, pode o acusado, mesmo sem ser advogado, assumir a própria defesa. No Brasil, porém, é indispensável a presença do profissional do direito, o qual garantirá o exercício de defesa tecnicamente eficiente.

Finalmente, é princípio do processo penal, que interfere na garantia da ampla defesa, a aferição, pelo juiz, da verdade real, e não apenas da que formalmente é apresentada pelas partes no processo. O poder inquisitivo do juiz na produção das provas permite-lhe ultrapassar a descrição dos fatos como aparecem no processo, para determinar a realização *ex officio* de provas que tendam à verificação da verdade real, do que ocorreu, efetivamente, no mundo da natureza.

Essa faculdade faz com que o juiz exerça, inclusive sobre a defesa, uma forma de fiscalização de sua eficiência, podendo destituir o advogado inerte ou determinar as provas para descoberta da verdade, ainda que sem requerimento do réu.

No processo penal, o conteúdo da sentença deve, o mais possível, aproximar-se da verdade da experiência.

Outro princípio constitucional de fundamental importância no processo penal é o que a doutrina denomina "direito de não se autoacusar", o "direito ao silêncio", ou, em latim, *nemo tenetur se detegere*, também formulado como *nemo tenetur seipsum*

accusare^[34] (art. 5º, LXIII). Entende-se o princípio como decorrência ou complemento da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII) e tem diversos desdobramentos processuais, entre os quais o de que o ônus da prova dos elementos do crime é da acusação, o de que o silêncio não pode ser entendido como confissão ficta, o de que ninguém pode ser compelido a participar de reconstituição de fato delituoso ou de que lhe seja exigido qualquer comportamento que possa, por exemplo, levar à produção de prova negativa, como submeter-se ao exame de alcoolemia ou colheita de sangue ou outro tecido para qualquer perícia com a qual não concorde, inclusive o DNA. O princípio consta também da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678/1992), incorporada ao sistema constitucional brasileiro.

É do princípio do *nemo tenetur*, também, que decorre a exigência de que não pode haver condenação sem prova suficiente. Aliás, já se disse que prova é liberdade. Isso porque o processo de convencimento pode dar-se espontaneamente mas somente será legítimo para impor restrições de direitos de natureza penal se fundado em uma lógica compreensiva que deve ou deveria ser exposta expressamente na decisão, sob pena de aquela consubstanciar ato de arbitrariedade autoritária.

São de Leonardo Greco as palavras definitivas: "É no campo das provas que o processo pode aproximar-se da realidade da vida, contribuindo para que a justiça consiga dar razão a quem tem direito e, mesmo quando não o fizer, para que a sociedade possa nela

confiar, por ter feito o máximo possível para realizar esse ideal”[35]. E completamos: a dignidade da pessoa humana e sua esfera intangível não admitem que aquele contra o qual se propõe a restrição de suas liberdades possa ser, direta ou indiretamente, compelido a se autoincriminar.

As faculdades acima descritas consubstanciam a chamada ampla defesa e o contraditório, os quais, como vimos, devem ser efetivados pelo réu e seu advogado, dentro dos limites do razoável e cabível em cada caso, sob pena de ser o réu considerado indefeso, o que determinará, também, a existência de nulidade. Aliás, a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal assim dispõe:

“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

As garantias contidas no inciso LXI vinculam-se também ao processo penal, mas atuam já antes dele: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo...”. Esta regra eliminou a possibilidade de prisão administrativa decretada por autoridade administrativa, como, por exemplo, a do estrangeiro em processo de expulsão e a do funcionário público omissos em recolher aos cofres públicos os bens que tem sob sua guarda. Essas prisões deverão ser solicitadas e eventualmente decretadas pelo juiz, se se criar o processo adequado, que não existe até o momento. O art. 302 do Código de Processo Penal define as situações em que alguém pode ser considerado em flagrante delito:

“I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer outra pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo após, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

Fora dos casos de flagrância, a prisão só pode ser determinada, no caso de fato criminal, mediante a decretação da prisão preventiva, pelo juiz, nos casos também previstos na legislação processual penal, por interesse da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Como se observa, essa garantia não é somente do processo penal, mas do próprio direito de liberdade.

O mesmo ocorre com o direito de prestar fiança nos casos admitidos em lei (arts. 321 e s. do mesmo estatuto processual penal).

O processo penal se interpõe, como anteriormente discurremos, entre a pretensão punitiva do Estado e o direito de liberdade do indivíduo. A exclusividade da prisão por flagrância, ou por mandado, a prestação de fiança, bem como a comunicação de prisão ao juiz exercem também a tutela da liberdade, mas de forma ainda mais ampla que o próprio processo penal, que se limita à pretensão punitiva do Estado diante de um fato delituoso.

Estas outras garantias abstraem-se da indagação do motivo da prisão. Qualquer que seja o fundamento da detenção, tutelam a

liberdade originariamente, em paralelo à garantia do processo penal, que atua quando há pretensão de condenação. De qualquer forma, porém, elas também estão vinculadas ou têm analogia com o processo penal, mas deve ficar consignado que não dependem dele para sua efetivação.

O direito brasileiro consagrou, também, a figura da “nota de culpa”, que é a comunicação formal dos motivos da prisão em flagrante ao que acaba de ser preso, a fim de que possa, imediatamente, adotar as providências de verificação da legitimidade da prisão, por meio do *habeas corpus*.

Na mesma linha de entendimento, o novo texto constitucional foi minucioso na especificação de garantias nesse momento crítico de efetivação da prisão: a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXII a LXVI).

Além disso, o mesmo art. 5º consigna algumas normas que não seriam substancialmente constitucionais, mas que, pela Constituição, foram erigidas em princípios, dada a importância que o constituinte deu a essas disposições:

1) O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (inciso LVIII). Esta regra tornou inaplicável a formulação anterior da Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal, que dispunha exatamente o contrário. A lei, porém, pode disciplinar os casos em que, dentro de um critério adequado, ainda a identificação penal continue a ser exigível, a despeito da existência da identificação civil.

A identificação criminal continua exigível, independentemente da civil, na lei de combate ao crime organizado, Lei n. 9.034, de 1995, em se tratando de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas (art. 5º); e também nos casos previstos no art. 3º da lei de identificação criminal, Lei n. 10.054, de 2000, quando: *I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público; II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração de documento de identidade; III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais; IV – constar dos registros policiais o uso de outros nomes ou*

diferentes qualificações; V – houver registro de extravio do documento de identidade; VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.

2) Será admitida ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (inciso LIX). A regra corresponde ao art. 29 do Código de Processo Penal, que consagra a denominada ação penal privada subsidiária. Dada a redação idêntica ao dispositivo do diploma processual, é inevitável que se mantenha a mesma interpretação até o momento, qual seja, a de que só é admissível a ação penal privada subsidiária no caso de inércia do órgão do Ministério Público. Se este, dentro do prazo legal, ou mesmo depois, mas antes da iniciativa do ofendido, em vez de denunciar, pede o arquivamento do inquérito, não houve inércia, e, portanto, não é possível a ação penal privada subsidiária. A redação da regra constitucional, combinada com a exclusividade da ação penal pública para o órgão do Ministério Público, impede, definitivamente, a chamada ação penal popular, que permitiria ao ofendido ou, pior, a qualquer do povo propor a ação penal mesmo diante da manifestação contrária do Ministério Público. A ação penal popular, a despeito de dizerem alguns que seria mais democrática, ao contrário, traria o risco da vingança privada, da extorsão, da perseguição por parte do Judiciário, por meio de ações infundadas. Bem fez a Constituição em repeli-la.

3) Os incisos XLII e XLIII preconizam que a lei deverá considerar inafiançáveis a prática do racismo e da tortura, o crime de tráfico

ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos. Esta inafiançabilidade é cogente e independe da quantidade da pena, critério geral para que o Código de Processo Penal considere, ou não, o crime inafiançável. O tráfico de entorpecentes está tipificado como infração penal pela Lei n. 11.343, de 2006; o racismo, entendido como a discriminação em virtude de raça ou cor, pela Lei n. 7.437, de 1985; e a tortura, pela Lei n. 9.455, de 1997. Problema que o legislador e o intérprete deverão enfrentar é o de se saber se a proibição de fiança atinge, também, nessas infrações, a liberdade provisória sem fiança, conforme prevista no Código de Processo Penal (art. 310, parágrafo único), hipótese em que o juiz pode colocar o réu em liberdade se, em situação análoga, ele, juiz, não decretaria a prisão preventiva. Essa forma de liberdade provisória aplica-se a qualquer infração penal, inclusive as inafiançáveis. Se o constituinte proibiu a fiança é porque deseja, em relação a essas infrações, maior rigor na repressão e, em princípio, estaria proibindo qualquer liberdade provisória. Todavia, o próprio constituinte, em outro inciso, faz a distinção entre liberdade provisória com ou sem fiança (inciso LXVI), de modo que, se desejasse abranger as duas hipóteses com a proibição, teria a elas se referido expressamente. Por outro lado, a obrigatoriedade da prisão, mesmo em crimes mais graves, revelou-se no direito brasileiro como inadequada para a realização da justiça. Todos os estudiosos de processo sabem como era odiosa a figura da prisão preventiva obrigatória, hoje totalmente superada. Cremos que seria um retrocesso, incompatível com o sistema geral de garantias da pessoa, manter na prisão uma pessoa em virtude de situação

meramente formal, que seria a de flagrância. A despeito de inafiançáveis, portanto, esses crimes admitirão a liberdade provisória do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e seria excessiva a norma legal que, para eles, viesse impedir sua aplicação.

4) O inciso LVII, ainda, consigna a regra de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O preceito revoga em parte o Código de Processo Penal, que prevê o lançamento do nome do réu no rol dos culpados em virtude de sentença condenatória de primeiro grau, antes, portanto, do trânsito em julgado da decisão (art. 393, I, do CPP). Sob o aspecto prático, a regra constitucional traz implícita disposição sobre o ônus da prova, qual seja: presume-se a inocência do acusado até que, havendo provas, seja ele condenado por sentença definitiva transitada em julgado.

O antigo § 1º do art. 408 do CPP também previa o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, quando da sentença de pronúncia. Essa possibilidade foi eliminada do dispositivo com a alteração por ele sofrida pela Lei n. 9.033, de 2 de maio de 1995. Atualmente, com a reforma da Lei n. 11.689, de 2008, a pronúncia foi tratada no art. 413. Não houve previsão de lançamento do nome do réu no rol dos culpados.

A despeito da longa enumeração, como já se disse anteriormente, o legislador constitucional não foi taxativo quanto aos direitos e garantias. Há outros que permanecem implícitos e decorrem do

sistema, sendo importante citar: 1) a revisibilidade perene do erro judiciário condenatório ou a imprescritibilidade da revisão criminal em favor do condenado. Ainda que morto o condenado, poderão seus sucessores promover ação de competência originária dos tribunais para obter a correção da condenação nula ou ponderavelmente injusta; 2) a regra de apreciação da prova *in dubio pro reo*. Na dúvida quanto à situação de fato, a conclusão deve ser absolutória, porque se fosse possível condenar sem provas suficientes isso equivaleria à condenação sem fundamentação e, portanto, à atuação arbitrária da justiça penal; 3) o princípio de que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato, na forma desenvolvida no item sobre a coisa julgada (9.2); 4) o princípio da prescritibilidade dos delitos e das penas, com a ressalva dos incisos XLII (prática do racismo) e XLIV (a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático), que são exceções.

Conferindo a denominação de *princípio*, apenas, à *regra mais geral*, de que decorrem ou se relacionam as *demais regras* integrantes de determinado *sistema*, Rogério Lauria Tucci afirma que o único princípio do processo penal é o *publicístico*, regra não escrita, primeira e generalíssima, que rege o sistema processual penal. Entre o princípio orientador (*publicístico*) e as *regras* (gerais e específicas), intercalado está o tema da legalidade. São regras gerais a *oficialidade*

(promoção da ação e impulso do procedimento penal), a *judiciariade* (atuação dos agentes do Poder Judiciário, órgãos auxiliares, colaboradores e terceiros) e a *verdade material* (dado mais relevante do escopo do Processo Penal)[36].

9.4. Os princípios constitucionais do processo civil

Salvo quanto às garantias gerais já comentadas, foi quase omissivo o texto constitucional a respeito de garantias especiais do processo civil, aplicando-se a ele o conjunto daquelas garantias gerais e também o princípio da igualdade[37].

A igualdade jurídica instituída no inciso I do art. 5º da Constituição impõe uma igualdade de tratamento das partes em juízo, merecendo algumas observações.

O conceito de igualdade, porém, não é absoluto, porquanto dar tratamento igual a desiguais seria o mesmo que dar tratamento desigual a iguais. No mesmo sentido do conceito de justiça distributiva de Aristóteles e do princípio geral do direito vindo do direito romano, *suum cuique tribuere*, no processo civil, também repercute o mecanismo de compensações jurídicas em favor daqueles que merecem proteção especial.

Não viola, pois, o princípio da igualdade o tratamento diferenciado dado a menores e incapazes, que têm a assistência do Ministério Público, à Fazenda Pública, que tem o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, e o reexame obrigatório das sentenças que lhe forem desfavoráveis. Esses privilégios, porém, justificam-se: os menores e incapazes, apesar de representados ou

assistidos por seus pais ou representantes legais, estão em situação desfavorável em relação à parte contrária, porque não estão à testa de seus direitos, exigindo fiscalização inclusive sobre os que os representam; a Fazenda Pública tem dificuldades burocráticas na formulação de sua defesa, merecendo atenção especial, porque sua derrota pode prejudicar, eventualmente, toda a coletividade.

Existem, também, diferenças de tratamento processual quando a lei, seguindo a mesma orientação do direito material, atribui maior força, rapidez ou efetividade ao interesse do autor, ou, ao contrário, dá maiores faculdades à defesa. Todos os procedimentos especiais não são mais do que redistribuições das faculdades processuais em termos e prazos próprios, com o fim de melhor atender ao direito material, favorecendo, portanto, ora o autor, ora o réu.

Essa redistribuição, se coerente com o direito material, e se não violar a garantia básica do contraditório, é justificável e constitucionalmente válida. Ao réu, contudo, sempre deve ficar reservada a oportunidade de contestação e de promover os meios pertinentes à sua defesa; ao autor deve ser garantida a apreciação jurisdicional de sua pretensão; a ambos não deve ser permitido o direito absolutamente potestativo de submeter o outro à sua vontade, sem apreciação judicial e oportunidade de oposição.

Às vezes, tem o legislador ordinário avançado um pouco na concessão ou restrição de faculdades processuais, gerando dúvidas quanto à constitucionalidade de certas normas. Como exemplo desse fenômeno podemos citar a ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária, prevista no Decreto-Lei n. 911, de 1º de

outubro de 1969, a execução de dívidas de financiamentos de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, Lei n. 5.741, de 1º de dezembro de 1971, e o condicionamento da ação de acidente do trabalho ao exaurimento da via administrativa. Nenhuma das três leis, porém, sofreu a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais.

A efetividade do contraditório, portanto, não pode ser postergada. Autor e réu devem ser intimados de todos os atos do processo, devendo-lhes ser facultado pronunciamento sobre os documentos e provas produzidos pela parte contrária, bem como os recursos contra a decisão que tenha causado gravame. Neste passo, o Código de Processo Civil foi bastante pródigo, admitindo o recurso de agravo de instrumento contra todas as decisões no curso do processo.

Interessante exceção às faculdades do contraditório no Código de Processo Civil é a proibição de a parte falar nos autos se for condenada pela prática de atentado, que consiste em violar penhora, arresto, sequestro ou imissão na posse, prosseguir em obra embargada ou praticar outra qualquer inovação ilegal no estado de fato no curso do processo. A proibição perdura até que a parte purgue o atentado, isto é, reponha a situação anterior.

Apesar de aparente violação do princípio do contraditório, parece-nos que a penalidade se justifica. Na verdade, só será punido quem praticar grave ato contra a administração da justiça, admitindo a lei que, por ato próprio de retratação, seja desfeito o mal, retomando a parte suas faculdades processuais. A aparente restrição, portanto,

depende exclusivamente da parte, a ela atribuindo-se a responsabilidade pela manutenção, e, se quiser, o levantamento da medida. Essa circunstância e, mais, a de que o processo não pode ser instrumento de abuso e deslealdades são suficientes para fundamentar a penalidade, que, a nosso ver, não é inconstitucional.

O Prof. Giovane Verdi, em palestra proferida em São Paulo, sustentou a desproporcionalidade dessa punição em face da regra violada. Não alterei, contudo, a posição sustentada acima, já que o princípio básico da regra sancionadora, sem prejuízo de uma certa proporcionalidade, é o da eficácia, no meu ver alcançada na hipótese. Bem compreende o fenômeno o direito anglo-americano, com o instituto do *contempt of Court*, que não se preocupa com proporcionalidade, mas com respeito à Justiça.

Não são esses os únicos casos de aparente desequilíbrio entre as partes, justificados, porém, pelo relativismo da igualdade e do contraditório. Citamos, entre outros, os da executoriedade dos títulos extrajudiciais, a citação por editais, a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial no caso de revelia e a exigência de cauções processuais, como, por exemplo, na rescisória, nas medidas cautelares em geral etc.

Não chegamos a considerá-los inconstitucionais, em virtude da justificativa da compensação por motivo de especial situação de direito material. O fato é que em nenhum momento se subtrai a

apreciação jurisdicional ou o exercício regular do direito de defesa, dentro do *logos de lo razonable*, nas palavras de Recaséns Siches.

10. O DIREITO PROCESSUAL PENAL: CONCEITO E CAMPO DE ATUAÇÃO

Na teoria geral do processo têm sido focalizados os dois principais ramos do direito processual: o direito processual civil e o direito processual penal. Hoje, porém, é possível identificar, dado o seu grau de desenvolvimento, também, outros ramos, como o direito processual penal militar, o direito processual eleitoral e o direito processual do trabalho, que correspondem à atuação das jurisdições especiais, penal militar, eleitoral e do trabalho, respectivamente. O direito processual penal é de aplicação subsidiária ao direito processual penal militar e à parte repressiva do direito processual eleitoral, sendo, portanto, um direito comum, em contraste com os outros que são especiais.

Pode-se, pois, definir o direito processual penal como o ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, bem como a tutela da liberdade de locomoção, quando o direito penal aplicável, positiva ou negativamente, é o direito penal comum.

Decompondo-se o conceito acima formulado, temos que:

a. O direito processual penal é um ramo do direito público, ou seja, regula uma atividade pública e as relações jurídicas de direito público, as relações processuais, faculdades e ônus das partes delas

decorrentes. Tal natureza decorre não da matéria aplicada que é de direito público, a lei penal, mas da natureza da atividade estatal jurisdicional, que é pública. Seus institutos, portanto, não estão sujeitos à disponibilidade das partes.

b. É um conjunto sistemático de normas e princípios; as normas legais constantes do Código e de leis especiais formam um conjunto lógico, um sistema coerente, regido por princípios técnicos e científicos, à luz dos quais devem aquelas ser interpretadas e aplicadas, admitindo-se, no caso de lacuna da lei processual, a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito.

c. O objeto do direito processual penal é a atividade jurisdicional, o exercício do direito de ação e o processo, bem como os procedimentos preparatórios ou deles consequentes. Esses são os três institutos fundamentais do direito processual, cuja disciplina constitui o conteúdo da norma processual em todos os seus aspectos. Dentre os ramos do direito, o direito processual é o mais lógico, isto é, o mais sistematicamente estruturado, porque substancialmente unificado pelo objetivo único da correta aplicação do direito e da redução de todos os institutos nos três conceitos fundamentais acima referidos, podendo afirmar-se que no direito processual tudo é ou jurisdição, ou ação, ou processo.

d. O direito processual penal regula a aplicação do direito penal comum e os instrumentos de tutela da liberdade de locomoção, excluído o campo de aplicação do direito processual penal militar. Nos termos dos dispositivos constitucionais pertinentes, compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Nos Estados, é possível a existência de uma Justiça Militar, para julgamento dos crimes militares dos integrantes das polícias militares, como ocorre em São Paulo (CF, art. 125, §§ 3º e 4º). (V., sobre a competência, Capítulo VI.)

É importante lembrar, finalmente, que a jurisdição penal atua enquanto é, em tese, possível a aplicação da lei penal. Cessada essa possibilidade, as questões remanescentes são da competência da jurisdição civil.

11. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

No Brasil, na época colonial, em matéria processual vigoraram, como não podia deixar de ser, as Ordenações do Reino, porque Brasil e Portugal formavam um Estado único. Mesmo com a Independência, continuaram a vigorar as mesmas Ordenações, que eram as Filipinas, as quais regulavam o Processo Penal no Livro V.

No sistema das Ordenações, havia uma parte eminentemente inquisitiva, as devassas, e uma parte acusatória, mediante a acusação de qualquer do povo, do ofendido ou do Ministério Público. Admitiam-se os tormentos como meio de prova[38].

Nas vésperas da Independência, por reflexo do movimento liberal europeu, a legislação portuguesa aplicável ao Brasil passa a estabelecer garantias para o acusado, abolindo-se a tortura e certas penas infamantes.

Tais reformas, porém, não eram satisfatórias para o novo país de após 1822, que queria reagir firmemente contra as leis propiciadoras

do arbítrio. Inspirado na Constituição de 25 de março de 1824, que definiu os direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros, surgiu o Código de Processo Criminal de 1832, em que dominava um espírito anti-inquisitorial[39] e liberal.

Contudo, em 3 de dezembro de 1841, foi promulgada lei que, criando um sistema policial centralizado, deu funções judiciais a autoridades policiais, fortalecendo, portanto, um sistema autoritário.

Em 1871 surgiu a esperada reforma, com inovações destinadas a separar a atividade investigatória policial da atividade acusatória judicial. É dessa lei a criação do inquérito policial, que até hoje perdura em nossa legislação.

Proclamada a República, apesar de a Constituição ampliar o *habeas corpus*, manter o júri, e o Código Penal de 1890 modificar a ação penal, distribuiu-se a competência para legislar sobre processo para os Estados, atrasando portanto uma reforma processual penal profunda. Foram postos em vigor vários Códigos estaduais, mas em 1934 a Constituição reunificou a competência da União para legislar sobre processo. Após alguns projetos e a Lei n. 167/38 sobre o júri, em 3 de outubro de 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal ainda em vigor.

Sofreu o Código de 1941 diversas modificações, podendo ser destacadas as seguintes. A Lei n. 6.416/77 alterou o instituto da fiança, da liberdade provisória, dos efeitos da apelação quanto à prisão do acusado; a Lei n. 10.792/2003 apresentou nova disciplina ao interrogatório do acusado (arts. 185 a 196); a Lei n. 11.113/2005 realizou alterações no instituto de prisão em flagrante (art. 304),

assim como a Lei n. 11.449/2007; e, finalmente, as recentes Leis n. 11.689/2008, que alterou todo o procedimento do Júri (arts. 406 a 497), n. 11.690/2008, que cuidou das provas e do ofendido, e 11.719/2008, que, principalmente, modificou o procedimento da *mutatio libelli* (art. 383) entre outros institutos.

Observe-se que a partir de 1962 desencadeou-se um afã reformista, que culminou com o Projeto n. 1.655/83, em lenta tramitação no Congresso Nacional.

De forma paralela, também está em trâmite o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 que, fundamentalmente, pretende a elaboração de um novo Código que seja adequado ao modelo normativo da Constituição de 1988[40].

Referido projeto foi transformado a partir do anteprojeto elaborado por uma Comissão de Juristas composta por Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral, coordenada por Hamilton Carvalhido, cuja relatoria ficou a cargo de Eugênio Pacelli de Oliveira.

O Código vigente contém seis livros: I – Do processo em geral; II – Dos processos em espécie; III – Das nulidades e dos recursos em geral; IV – Da execução; V – Das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira; e VI – Disposições gerais.

O livro pertinente à execução da pena encontra-se tacitamente revogado em virtude da promulgação da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, diploma que também repercutiu em outras partes do Código, conforme se apontará nos pontos adequados.

Como foi amplamente comentado nos itens anteriores, o direito processual encontra sua fonte primeira no direito constitucional, que consagra seus princípios básicos, define a estrutura fundamental do Poder Judiciário e garante, como direito individual, o direito à ação e ao processo, no referido art. 5º, XXXV:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O direito processual, propriamente dito, está regulado em lei federal, em virtude da competência da União para legislar sobre essa matéria, conforme dispõe o art. 22, I, da Constituição da República. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI).

Aos Estados compete ainda legislar sobre Organização Judiciária, definindo as circunscrições de atuação dos juízos, a distribuição de competência entre eles, quando houver mais de um em cada foro, o quadro judiciário e a carreira da magistratura estadual. Por força do preceito contido no art. 96, II, da Constituição Federal, cabe privativamente ao Tribunal de Justiça propor ao Poder Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciária. Em textos constitucionais anteriores, ao próprio Tribunal competia dispor, em

resolução, sobre tal matéria. Assim, a maioria dos Estados tem, ainda em vigor, *Resoluções* sobre a organização judiciária em vez de leis.

As normas de organização judiciária estão entre o direito administrativo e o direito processual. São administrativas na medida em que estruturam órgãos públicos, não interferindo em direitos e ônus das partes; servem de apoio ao direito processual e estão a serviço deste.

Dispõe o art. 96 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35, de 14-3-1979) que a lei estadual dividirá o território do Estado em comarcas, podendo agrupá-las em circunscrição e dividi-las em distritos, estabelecendo, outrossim, no art. 97, que a criação, a extinção e a classificação de comarcas obedecerão a critérios uniformes, levando em conta a extensão territorial, o número de habitantes, o número de eleitores, a receita tributária e o movimento forense.

É necessário lembrar que, em relação às Justiças especiais e à Justiça Federal, a organização judiciária é disciplinada em lei federal própria para cada uma, por iniciativa dos respectivos tribunais.

Finalmente, é de referir-se que não estão incluídas na Organização Judiciária as normas relativas à disciplina do Ministério Público, nem são dessa natureza os Regimentos Internos dos Tribunais, que regulam, interna e administrativamente, o funcionamento de cada Tribunal, sem interferir em sua constituição nem nas faculdades e ônus processuais das partes.

12. O DIREITO PENAL E O PROCESSUAL PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL DO CIDADÃO

Como já se expôs na descrição evolutiva acima exposta, o direito penal e o processual penal estão baseados em princípios advindos do Iluminismo, que representou uma reação ao autoritarismo e à arbitrariedade, consagrando formulações como a regra da legalidade, da anterioridade da lei penal, da tipicidade, da responsabilidade pessoal, da culpa individual, do contraditório processual penal, da ampla defesa, do devido processo legal, do direito de ficar calado etc. Como sempre tem explicado o Prof. Antonio Cândido de Mello e Souza, os movimentos culturais são pendulares, ou seja, de uma ideia que serve de *leit motif*, passa-se a outra oposta, que se acentua e se esgota, voltando o pêndulo para a ideia anterior, mas modificada porque a realidade mudou. Assim ocorreu na Filosofia, entre racionalismo e idealismo, na Literatura, entre o romantismo e o realismo, o mesmo ocorrendo com o direito. Após a Segunda Grande Guerra, vividos e superados nazismo, fascismo, stalinismo, revigorou-se a necessidade de declarações de direitos do homem, de garantias do indivíduo e das chamadas liberdades públicas. Com esse enfoque formulou-se, entre outras, a teoria do garantismo penal. Acontece que o mundo mudou, especialmente após o 11 de Setembro de 2001, quando vieram à tona de maneira quase incontrolável o terrorismo e a criminalidade

organizada. Não é que esses fenômenos não existissem no passado, mas parece que afluíram como um desafio à sociedade e ao Estado regular e democrático. O direito penal em face dessa realidade revelou-se ineficaz e impotente, a ponto de se dizer que passou a ser meramente simbólico. Era inevitável que o pêndulo se dirigisse para o lado contrário, que se imaginasse um direito penal com garantias reduzidas para certo tipo de criminalidade e o que melhor representa essa tendência é o chamado “direito penal do inimigo”. Não é possível tratar do tema direito penal do inimigo sem partir de Günther Jakobs e do pensamento contraposto de Manuel Cancio Meliá[41]. A questão gira em torno da dicotomia direito penal do cidadão – direito penal do inimigo, conceitos que dificilmente serão trasladados à realidade de modo puro, e que convivem em um mesmo contexto jurídico-penal, já que o agente de um ato terrorista, que é o sujeito tido como “o mais afastado da esfera de cidadão”, possui o mesmo tratamento “de pessoa”, concedido pelo processo penal. Günther Jakobs parte de filósofos contratualistas, no conceito de que “qualquer pena” e “qualquer legítima defesa” se dirigem contra um inimigo (Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant fundamentam o Estado em um contrato: quem o não cumprir, está cometendo um delito e, por conseguinte, não participa mais dos seus benefícios). A partir desse momento o infrator não mais está em conformidade com aqueles que naquela relação jurídica permanecem, os cidadãos (Rousseau: malfeitor que ataca o direito social está em guerra com este – deixa de ser membro do Estado). O cidadão, porém, não se transforma em inimigo pela prática de um crime eventual, impulsivo, ocasional, circunscrito a determinadas

condições fáticas. O inimigo é o criminoso que rejeita a ordem jurídico-social e que quer impor sua conduta como outra estrutura de poder. A questão, então, gira em torno de uma dicotomia: o criminoso cidadão e o criminoso inimigo, daí devendo se configurar um direito penal com duas faces, a do Cidadão e a do Inimigo, ou para o Cidadão e para o Inimigo. Esses conceitos dificilmente podem ser trasladados para a realidade de modo puro, visto que convivem em um mesmo contexto jurídico-penal, já que o agente de um ato terrorista, que é o sujeito tido como "o mais afastado da esfera de cidadão", na atualidade possui o mesmo tratamento "de pessoa", concedido pelo processo penal.

Os dois polos, encontrando-se dentro de um único contexto jurídico-penal, não se contrapõem em duas esferas isoladas do direito penal (direito penal do inimigo – direito penal do cidadão), mas são "dois polos de um só mundo", sendo possível que essas tendências se sobreponham, uma que oculte o autor como pessoa e a outra que o trate como fonte inimiga ou meio de intimidação. O direito penal do inimigo não pretende ser sempre pejorativo, pois é indicativo de uma pacificação insuficiente, referindo-se tanto aos pacificadores quanto aos rebeldes. O direito penal do inimigo é desenvolvido com base em condutas que são praticadas segundo regras extraestatais e não originadas de uma conduta espontânea e impulsiva (direito penal do cidadão). Ao inimigo aplicar-se-iam, entre outras, algumas das seguintes medidas: não é punido com pena, mas com medida de segurança; é punido conforme sua periculosidade e não culpabilidade, no estágio prévio ao ato

preparatório; a punição não considera o passado, mas o futuro e suas garantias sociais; para ele o direito penal é prospectivo ou de probabilidade; não é sujeito de direitos, mas de coação como impedimento à prática de delitos; para o inimigo haverá a redução de garantias como o sigilo telefônico, o ônus da prova, o direito de ficar calado, o processo penal em liberdade e outras garantias processuais.

Assim, o direito penal do cidadão tem por finalidade assegurar a manutenção das normas do sistema vigente, enquanto o direito penal do inimigo combate (guerra) preponderantemente o perigo. O direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal para alcançar os atos preparatórios, mesmo sendo a pena intensa e desproporcional. Para o cidadão, a coação somente deve ser iniciada com privação da liberdade se houver a exteriorização de um ato que a exija como necessária.

O direito penal do inimigo apresenta, evidentemente, objeções muito sérias, como expostas por Cancio Meliá, resumidamente: compara-se ao direito penal do autor (nazismo – contradição em si mesmo, não é “direito”); presente em muitas legislações penais mediante incriminações discriminatórias ou preconceituosas, que devem ser eliminadas e não ampliadas; não reprova a culpabilidade, mas a periculosidade (pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas); é direito penal prospectivo devido à periculosidade; gera penas desproporcionais devido à periculosidade; procedimento é de guerra quando não é essa a situação; não há garantias penais e processuais (imposição de prisão

e até a morte); legislador é punitivista e simbólico; direito penal do inimigo tem origem na aliança entre a esquerda punitiva e a direita repressiva; direito penal do inimigo é inconstitucional e ele sim é uma manifestação delituosa pela inconstitucionalidade das suas características. E, também, a maior objeção: quem é o inimigo? Quem decide a colocação de alguém na qualidade de cidadão ou de inimigo?

A realidade mundial, porém, registra o seguinte: no plano legislativo já existem manifestações do direito penal do inimigo, como o *patrotic act* norte-americano, a legislação inglesa contra o terrorismo e, entre nós, a “Lei do Abate”; no plano fático têm sido utilizadas as suas práticas como interceptações telefônicas não autorizadas, mandados de busca indeterminados ou genéricos e, até, mandados de prisão genéricos. É possível concluir que, de fato, o direito penal e o direito processual comuns mostram-se ineficientes diante de certas formas de criminalidade, como o terrorismo, o tráfico internacional de drogas e as organizações criminosas, de modo que a reação do Estado deve ser revista. Mas resta a irrespondível questão: como e com quais medidas?

O Decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004, mais conhecido como “Lei do Abate”, regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), estabelecendo procedimentos a serem seguidos no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de drogas, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública (art. 1º).

Para uma aeronave se submeter à medida de destruição, deverá ser considerada *hostil* nos termos da lei (art. 3º). No entanto, antes de ser considerada hostil, deverá ela ser classificada como *suspeita* (art. 2º), caso em que sofrerá medidas coercitivas definidas no art. 30, consistentes em averiguação (§ 1º), intervenção (§ 2º) e persuasão (§ 3º). Se nenhum desses procedimentos de coerção forem atendidos pela aeronave, será ela destruída na forma definida pelo art. 5º, desde que cumpridas as condições do art. 6º[42].

CAPÍTULO II

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

13. DA LEI DE PROCESSO PENAL NO TEMPO E NO ESPAÇO

O Código de Processo Penal regula a atuação da jurisdição penal comum, como vimos, excluída a penal militar. Estão em vigor, porém, algumas normas processuais penais especiais, citando-se, entre outras:

I – os tratados, as convenções e as regras de direito internacional sobre matéria processual penal, como por exemplo tratados sobre extradição com determinados países;

II – a legislação processual relativa aos crimes praticados pela imprensa e pelos meios de telecomunicações;

Em decisão final da *Medida Cautelar em Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7-Distrito Federal*, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão do dia 30 de abril de

2009, considerou inconstitucional a Lei n. 5.250/67, Lei de Imprensa[43].

III – a lei que regula processos por crimes de drogas (Lei n. 11.343/2006)[44];

IV – normas que regulam os processos de extradição;

V – lei de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65);

VI – lei que regula o processo de infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/95);

VII – processo por crimes de responsabilidade de agentes políticos (Lei n. 1.079/50; Lei n. 7.106/83; Decreto-Lei n. 201, de 27-2-1967) etc.

Por serem normas reguladoras da atuação de leis penais especiais, não estão tratadas no Código as regras relativas ao processo penal militar, ao processo por crime eleitoral e ao processo especial de crimes de responsabilidade, entre outras. O Código de Processo Penal comum, porém, é de aplicação subsidiária.

Apesar de o direito penal não admitir a analogia, salvo *in bonam parte*[45], a autonomia do direito processual o exclui dessa regra, admitindo, pois, a integração das lacunas por meio da analogia, da interpretação extensiva e dos princípios gerais de direito. A norma processual não é nem favorável nem desfavorável à situação penal do acusado, logo está excluída da proibição da analogia para a criação ou extensão não prevista de crimes ou penas. Neste passo é preciso lembrar que certas figuras do Código têm semelhança com muitos institutos existentes no processo civil, daí o Código de Processo Civil poder servir de importante fonte subsidiária ou

complementar ao entendimento ou integração das normas do processo penal, respeitados sempre os princípios neste dominantes.

Quanto à aplicação da lei processual penal *no tempo*, não é diferente a regra vigente nos demais ramos do direito processual: a nova lei aplica-se de imediato, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. A regra no direito processual é a de que a lei processual é de aplicação imediata, inclusive aos processos em andamento, mas, em virtude da própria dinâmica do processo, não prejudica os atos praticados anteriormente. Os atos processuais, contudo, desencadeiam ônus (faculdade de agir com consequências decorrentes da prática de um ato ou da omissão), de modo que, para que se respeite a integridade do ato praticado na vigência da lei anterior, devem também ser respeitados os ônus que produziu.

A sistemática da aplicação da lei no tempo é diferente, no processo penal e no direito penal. Neste vigora a regra da irretroatividade da lei instituidora de crime ou de pena, ou que, de qualquer modo, prejudique o réu, e também a da retroatividade da lei mais benéfica. No direito processual, estes aspectos não se colocam, porque o processo é um instrumento técnico de aferição de fatos e aplicação correta da lei, não interferindo na situação material do acusado. Assim, se um prazo é de 10 dias quando era de 3, isto não quer dizer que “beneficia” ou “prejudica” o réu no tocante ao crime e à pena, conforme a garantia do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o cabimento dos recursos, por exemplo, regula-se pela lei do momento do julgamento e não da interposição.

Quanto ao plano de aplicação *espacial* da lei processual, o critério adotado é o de que a jurisdição dos juízes e tribunais brasileiros acompanha a aplicabilidade da lei penal, ainda que os delitos tenham sido praticados fora do País. Os arts. 5º a 7º do Código Penal, além de regras sobre a lei aplicável ao fato, encerram basicamente regras de competência internacional, isto é, regras que atribuem aos juízes e tribunais brasileiros a competência para o julgamento das infrações penais ocorridas em seu território e suas extensões (territorialidade) e, sob determinadas circunstâncias, as ocorridas fora de seu território (extraterritorialidade). Na área da justiça civil essas regras encontram-se no Código de Processo Civil, arts. 88 e 89; na área de jurisdição penal, no Código Penal, por tradição do direito brasileiro (v. capítulo adiante sobre competência).

No caso de territorialidade (crime praticado em território nacional ou suas extensões), a competência é exclusiva, sendo processualmente irrelevante (não há litispendência nem coisa julgada) o processo eventualmente instaurado em país estrangeiro. Somente no campo de aplicação da pena é que pode haver repercussão: a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas (CP, art. 8º).

Igualmente exclusiva a competência da autoridade jurisdicional brasileira nos casos do art. 7º, I, do Código Penal; nos casos do inciso II, se o agente já foi absolvido no exterior ou aí cumpriu pena pelo mesmo fato, desaparece a competência do juiz brasileiro

porque também não se aplica a lei brasileira (§ 2º, *d*, do mesmo artigo)[46].

CAPÍTULO III

DO INQUÉRITO POLICIAL

14. CONCEITO, NATUREZA E FINALIDADE. A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL

O inquérito policial é uma peça escrita, preparatória da ação penal, de natureza inquisitiva[47].

Sua finalidade é a investigação a respeito da existência do fato criminoso e da autoria. Não é uma condição ou pré-requisito para o exercício da ação penal, tanto que pode ser substituído por outras peças de informação, desde que suficientes para sustentar a acusação.

Quem o preside é a autoridade policial, da chamada polícia judiciária, estadual ou federal, que se distingue da polícia preventiva porque atua em face do fato criminoso já ocorrido.

A atividade que se desenvolve no inquérito é administrativa, não se aplicando a ela os princípios da atividade jurisdicional, como o contraditório, a publicidade, as nulidades etc.

Não obstante, ainda que ausente o contraditório, é possível falar-se no exercício do direito de defesa no inquérito policial, segundo sustenta Marta Saad. Acolhe a autora posição doutrinária de que ambos os institutos não se confundem e que, principalmente, são eles autônomos. Assim, reconhecida a existência de acusação no inquérito policial, entendida esta como sendo atribuição ou afirmação de ato ou fato delituoso a alguém, corolário imprescindível é o exercício do direito de defesa, aqui compreendido de forma ampla como sendo resistência de modo a permitir a contraposição das acusações, “com assistência de advogado, a possibilidade de guardar silêncio e a admissibilidade de produção de provas, indispensáveis à demonstração de sua inocência ou da sua culpabilidade diminuída”[\[48\]](#). Nesse sentido, ver a súmula vinculante n. 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Os atos do inquérito podem desenvolver-se em sigilo, quando necessário ao sucesso da investigação.

Durante o inquérito, além da audiência de testemunhas e do interrogatório do indiciado, quando houver, é colhida a prova técnica, em especial o exame de corpo de delito, o qual, salvo erro ou omissão, é definitivo para toda a ação penal que posteriormente se desenvolver, na qual pode ser questionado, mas não se repete se não demonstrada sua inverdade ou erro.

A finalidade investigatória do inquérito cumpre dois objetivos: dar elementos para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, a convicção do órgão do Ministério Público ou do querelante de que há prova suficiente do crime e da autoria, e dar o embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa. Para a ação penal, justa causa é o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria.

O inquérito policial não é nem encerra um juízo de formação de culpa ou de pronúncia, como existe em certos países que adotam, em substituição ao inquérito, uma fase investigatória chamada *juizado de instrução*, presidida por um juiz que conclui sua atividade com um veredicto de possibilidade, ou não, de ação penal. No sistema brasileiro, o inquérito policial simplesmente investiga, colhe elementos probatórios, cabendo ao acusador apreciá-los no momento de dar início à ação penal e, ao juiz, no momento do recebimento da denúncia ou queixa.

Já se sustentou que bastaria como justa causa para a ação penal a descrição, na denúncia ou queixa, de um fato típico. A doutrina atual, porém, à unanimidade, percebendo que a ação penal por si só é, já, um constrangimento à liberdade individual, exige, para que a

ação penal seja proposta e se mantenha, elementos probatórios que sirvam de fundamento razoável para sustentar esse constrangimento, o qual, caso contrário, seria ilegal[49].

No processo penal, a justa causa corresponde ao interesse processual, uma das condições da ação, indispensável, pois, ao seu exercício.

Como já se disse, quem preside o inquérito é a autoridade policial, órgão da denominada polícia judiciária.

O art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal atribui à Polícia Federal a competência para exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

O mesmo artigo, em seu § 4º, atribui às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, a incumbência das funções de polícia judiciária, em geral, e apuração das infrações penais, ressalvadas as infrações militares e a competência da União.

V. item 19.3 sobre autoridade policial com atribuição constitucional para lavrar o termo circunstanciado.

Exceto o caso da Polícia Federal quanto à polícia judiciária da União, o princípio que rege a atividade policial é o da não exclusividade, ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é do interesse público. A lei pode atribuir funções investigatórias a outros organismos, como acontece com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93),

que instituíram sistemas especiais de apuração de infrações penais de crimes praticados por magistrados ou membros do Ministério Público, respectivamente. Têm também poderes investigatórios as Comissões Parlamentares de Inquérito, no âmbito do Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Distrital e Câmaras Municipais.

No que diz respeito aos poderes investigatórios do Ministério Público, consultar item 19.3, sobre nossa posição e jurisprudência atualizada.

Algumas leis especiais prevêm o oferecimento da denúncia sem o inquérito policial.

Assim, a Lei de Falências e Recuperação de Empresas dispõe que a denúncia pode ser oferecida com os elementos constantes do relatório prevista no art. 186 (Lei nº 11.101/2005) ou após inquérito policial requisitado pelo Ministério Público, caso necessário. A Lei n. 4.898, que disciplina a repressão aos crimes de abuso de autoridade, admite a denúncia à vista da representação da vítima (art. 12). A Lei nº 9.099/95, a partir do Termo Circunstanciado elaborado pela Autoridade Policial e acompanhado da prova técnica (art. 77, § 1º). A Lei de Drogas (Lei no 11.343/2006), alterando a legislação anterior sobre o tema, voltou ao sistema de inquérito policial, com o prazo de 30 dias se o indiciado estiver preso e de 90 se estiver solto, realizando-se alternativamente o Termo Circunstanciado se o crime enquadrar-se no regime da Lei nº 9.099/95 (arts. 51 e 48, respectivamente).

A título histórico, vale lembrar que a Lei de Imprensa, hoje declarada inconstitucional pelo Supremo, autorizava a denúncia instruída apenas com a cópia do escrito apontado como calunioso, difamatório ou injurioso, ou com a notificação feita à emissora de radiodifusão para a conservação da gravação do programa impugnado.

A falta de inquérito, porém, não dispensa a existência de elementos probatórios suficientes para dar justa causa à ação penal.

15. PROCEDIMENTO DO INQUÉRITO

Instaura-se formalmente o inquérito de ofício, por portaria da autoridade policial, pela lavratura de flagrante, mediante representação do ofendido ou requisição do juiz ou do Ministério Público, devendo todas as peças do inquérito ser, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas.

A atividade investigatória, porém, inicia-se antes.

Desde que tenha conhecimento de infração penal de ação pública, a autoridade policial, qualquer que tenha sido o meio pelo qual a *notitia criminis* chegou a seu conhecimento, deve dar início às investigações. Estas independem da abertura formal do inquérito, mesmo porque, na maioria das vezes, devem ser imediatamente feitas, sob pena de se perderem os vestígios da infração. Todavia, assim que se formalizar o inquérito, com a portaria da autoridade, as investigações preliminares dele farão parte integrante.

Não se tem reconhecido na denúncia anônima de fato criminoso a natureza de verdadeira *notitia criminis*, mas a autoridade poderá proceder a investigações de ofício e, se verificar a existência de crime de ação pública, instaurar o inquérito de ofício.

Mesmo nos crimes de ação pública, o inquérito poderá ser aberto mediante requerimento do ofendido, que traz à autoridade policial a notícia da infração penal. Neste caso se diz que a *notitia criminis* é qualificada ou *delatio criminis*. Prevê o Código (art. 5º, § 2º) que, se a autoridade policial, nesse caso, não instaurar inquérito, poderá o ofendido recorrer ao chefe de polícia. Tal providência, porém, é menos utilizada, uma vez que o ofendido prefere, na hipótese, representar ao juiz ou ao Ministério Público, os quais, se for o caso, requisitarão a abertura de inquérito.

Não há mais o cargo de *chefe de polícia*. Atualmente, o equivalente de suas funções é exercido nos Estados pelo respectivo Delegado-Geral, a quem cabe analisar recursos contra o indeferimento de instauração de inquérito policial. Nada impede, porém, que haja disposição prevendo a análise do recurso pelo Secretário de Segurança Pública[50]. No âmbito da Polícia Federal, as funções de *chefe de polícia* são exercidas pelo Diretor-Geral[51].

Nos crimes de ação penal pública condicionada ou nos crimes de ação penal privativa do ofendido somente se pode instaurar

inquérito com a representação ou requerimento da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la.

Quanto à requisição do juiz ou Ministério Público, trata-se de uma ordem que não pode ser desobedecida, salvo se manifestamente ilegal, a qual pode resultar de conhecimento de infração penal extraído de autos judiciais ou papéis submetidos àquelas autoridades, de requerimento de qualquer do povo ou mesmo de conhecimento pessoal, como, por exemplo, por meio de notícias de jornais. Em qualquer caso, se o crime é de ação pública condicionada ou é de iniciativa do ofendido, somente a requerimento deste o inquérito poderá ser requisitado.

O art. 6º orienta, exemplificativamente, a autoridade a respeito do que deve fazer logo que tenha conhecimento da prática da infração penal: providenciar a conservação do local para a realização de exames, vistorias e perícias, e apreender os instrumentos do crime e outros objetos de interesse probatório após liberados pelos peritos (art. 6º, I e II, do CPP, com redação determinada pela Lei n. 8.862, de 28-3-1994).

A ordem procedimental do inquérito é irrelevante do ponto de vista jurídico. Cabe à autoridade, tendo em vista as circunstâncias fáticas, ir colhendo as provas na medida das possibilidades e das circunstâncias da investigação. Faz-se necessária, porém, uma observação de ordem prática: a polícia, ao elaborar o inquérito, atua como polícia judiciária, ou seja, exercendo atividade de auxílio à futura ação penal, em tese admissível. Essa atividade, portanto, deve ser dirigida a essa finalidade, devendo a autoridade encerrar o

inquérito quando, a seu juízo, considerar suficientemente provada a materialidade e a autoria da infração, sem prejuízo da indicação de outras provas, se possíveis. Seria, por exemplo, absurdo que, num crime ocorrido num campo de futebol, pretendesse a autoridade ouvir todos os espectadores presentes.

Colhidas as provas, inclusive com o interrogatório do indiciado, se houver, a autoridade trará aos autos dados sobre a sua vida pregressa e elaborará um relatório final objetivo. Apesar de objetivo, esse relatório pode conter uma proposta de qualificação jurídica da infração penal e, se for o caso, a representação para a decretação da prisão preventiva, que será considerada pelo Ministério Público e pelo juiz, posteriormente.

O relatório, como qualquer outra peça do inquérito considerada isoladamente, não é indispensável ao oferecimento da denúncia, desde que haja elementos fundamentadores da justa causa.

Sob pena de coação ilegal, o inquérito deve estar concluído em 10 dias se o indiciado estiver preso desde o flagrante ou da prisão, temporária ou preventiva. Na Lei de Drogas o prazo é de 30 dias (Lei n. 11.343/2006, art. 51).

Se o indiciado estiver solto, o prazo para a conclusão do inquérito deverá ser de 30 dias (na Lei de Drogas, 90), mas esse prazo pode ser prorrogado ou renovado quantas vezes forem necessárias, por proposta da autoridade e com a concordância do juiz.

16. INCOMUNICABILIDADE E INDICIAMENTO

Um ato muito importante do inquérito é o indiciamento e interrogatório do suspeito pela prática de infração penal.

O indiciamento é o ato formal da Autoridade Policial que aponta alguém envolvido como o autor da infração investigada segundo a convicção do condutor do inquérito.

O indiciamento inclui a colheita de dados sobre a sua vida pregressa e a identificação datiloscópica do suspeito se estiver presente e não estiver identificado civilmente de maneira inequívoca. Se ausente, o indiciamento se faz de maneira indireta, ou seja, mediante colheita de dados de fontes diversas a que a autoridade possa recorrer.

Desde que o inquérito tenha justa causa, conforme adiante comentaremos, o indiciamento, em si mesmo, não representa constrangimento ilegal, com a ressalva do art. 5º, LVIII, da Constituição, que preceitua: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” .

Sobre a identificação criminal, v. tópico 9.3, *Princípios constitucionais do processo penal*, supra.

O dispositivo tem por finalidade evitar o constrangimento à pessoa que, estando identificada civilmente e em relação à qual não paira qualquer dúvida quanto à identidade, venha a envolver-se em fato penal. A dúvida, contudo, poderá levar à identificação datiloscópica, ou, quando não, pelo menos à colheita da impressão do polegar para futuro confronto. Se de um lado é justa a não repetição da identificação datiloscópica da pessoa cuja identidade

seja inequívoca, de outro a repressão criminal ficaria perigosamente comprometida se não mais se identificasse ninguém. E não é só. A liberdade de pessoas de bem poderia correr graves riscos. Veja-se, por exemplo, a hipótese, não pouco provável, da utilização pelo criminoso de carteira de identidade de terceiro que tenha sido perdida. Quem será indiciado, e, quiçá, futuramente condenado, será o titular da carteira e não o criminoso, sem que exista possibilidade de aferição da verdade se não for feita a identificação datiloscópica criminal. Dúvida sobre a identificação civil significa não estar a pessoa identificada, não podendo pleitear o benefício constitucional. A Lei n. 10.054/2000 regula a identificação criminal e as exceções à sua dispensa do já identificado civilmente, em casos de crimes graves e situações que podem colocar sob suspeita a identificação civil.

Observe-se, porém, que, mesmo no caso da dispensa da colheita de impressões digitais, o indiciado não se furta de ser interrogado e ter seus dados de qualificação colhidos pela autoridade policial, inclusive quanto à vida pregressa.

Em face do novo texto constitucional, e da regulamentação da Lei acima referida, ficou superada, pelo menos genericamente, a Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal que considerava não haver constrangimento ilegal na identificação criminal do já identificado civilmente.

Nesse sentido, posicionou-se a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no RHC 66.881-0/DF, de relatoria do Min. Octavio Gallotti, logo após a

promulgação da Constituição de 1988, em julgado do dia 7-10-1988, com a seguinte ementa: "Identificação criminal. Recurso a que se nega provimento, porque o acórdão recorrido denegou o *habeas corpus* em consonância com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal (Súmula 568). Concede-se, porém, a ordem, de ofício, ante a garantia inserta no art. 5º, LVIII, da Constituição de 1988, ulteriormente promulgada e tendo em vista que a paciente já se acha civilmente identificada".

Não há previsão legal de momento para o indiciamento, podendo ocorrer concomitantemente com a lavratura do flagrante, por exemplo, ou no momento em que a autoridade presidente do inquérito entender haver elementos para atribuir tal qualidade a um envolvido ou até então mero suspeito[52].

A jurisprudência diverge sobre a existência de constrangimento ilegal no indiciamento levado a efeito após o recebimento da denúncia. De um lado, há julgados no sentido de que, nessa hipótese, o indiciamento, além de ser desnecessário, é abusivo e extemporâneo[53], por se tratar de medida própria do inquérito policial[54]. Ao revés, há decisões que não vislumbram qualquer constrangimento, uma vez que não se trata de pena nem de juízo de

culpabilidade[55], caracterizando-se como uma medida administrativa que tem por objeto o registro da ocorrência policial[56], para efeitos legais pertinentes[57].

Durante o inquérito, pode ser decretada a incomunicabilidade do indiciado, quando houver interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir, mas somente poderá ser decretada por despacho fundamentado do juiz, não excedendo de 3 dias e não se aplicando ao advogado (art. 7º, III, da Lei n. 8.906/94), que tem direito de entrevistar o seu cliente mesmo incomunicável (CPP, art. 21 e seu parágrafo único). A incomunicabilidade é uma restrição complementar à prisão, de modo que somente pode ser aplicada ao suspeito ou indiciado que já estiver preso por outro fundamento, como o flagrante ou a prisão temporária.

Entendo que o art. 136, § 3º, IV, da Constituição Federal não revogou a possibilidade da decretação da incomunicabilidade fora do tempo de vigência do estado de defesa; ao contrário, confirmou-a, no estado de normalidade.

Acolhe e reforça nosso ponto de vista Carlos Frederico Coelho Nogueira. Esclarece o autor que a proibição de incomunicabilidade no estado de sítio justifica-se porque durante esse período de exceção, em que os direitos individuais têm sua eficácia suspensa, torna-se mais difícil a fiscalização das prisões pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, o que poderia gerar abusos. Em acréscimo,

entende que a palavra “preso”, a que faz referência o inciso IV (do § 3º do art. 136), refere-se àquele submetido à prisão prevista pelo inciso I do mesmo parágrafo, decretada por “crime contra o Estado” pelo *executor* do estado de defesa, portanto, modalidade distinta daquelas previstas no inciso LXI do art. 5º da CF. Por fim, lembra que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, o Estatuto da Advocacia e a Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios, todas posteriores à Constituição de 1988, continuam prevendo a incomunicabilidade dos presos, o que denota que o próprio legislador admite que o art. 21 do CPP foi por ela recepcionado[58].

Em sentido totalmente oposto, sustenta Fernando da Costa Tourinho Filho a revogação do dispositivo, por não ter sido recepcionado pela Constituição. Argumenta que, se no período de anormalidade do estado de sítio, onde, para preservar a ordem pública ou a paz social, podem as autoridades aplicar medidas coercitivas aos direitos individuais e, malgrado todas essas medidas, não pode *decretar a incomunicabilidade do preso*, com maior razão, no regime de normalidade, isso também não será possível. Também presume que permitir o

contato do advogado com o preso equivale a eliminar a incomunicabilidade[59].

17. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO

O inquérito policial tem natureza inquisitiva, investigatória, podendo, inclusive, não ser dirigido contra ninguém especificamente. Aliás, a própria expressão “contra alguém” daria a ideia de acusação. Contudo, no momento em que ele se dirige para a apuração de imputação futura provável de fato contra alguém, para que seja legítimo tem que ter justa causa, e, se não tiver, pode ser trancado mediante *habeas corpus* dirigido ao juiz. A autoridade policial é a autoridade coatora.

Para que um inquérito policial tenha justa causa é preciso, quando dirigido a investigar fato imputado desde logo a alguém:

a. que o fato seja definido como infração penal. Não tem razão de ser investigação policial para apurar fato não criminoso. Assim, por exemplo, se alguém representa à autoridade policial para a abertura de inquérito, e este se instaura para apurar “crime” de emissão de cheque sem fundos e se verifica que, inequivocamente, foi ele entregue em garantia de dívida, o inquérito não tem justa causa, porque tal fato não tem tipificação penal conforme unânime entendimento da jurisprudência atual;

b. que haja, em tese, a possibilidade de ser o investigado ou indiciado o autor da infração.

Se não existirem esses pressupostos, o inquérito não tem justa causa e pode ser trancado por *habeas corpus*.

É questão controvertida na doutrina a definição da autoridade coatora quando, no *habeas corpus*, pretende-se o trancamento de inquérito policial e a autoridade que *requisitou* o inquérito policial foi o Ministério Público ou o juiz.

Há decisões judiciais em dois sentidos, ou seja, de que a autoridade coatora é a requisitante do inquérito ou a autoridade policial que o instaurou.

A requisição é uma ordem e, portanto, não pode ser desobedecida, salvo se manifestamente ilegal. Parece-nos, porém, que, para fins de *habeas corpus*, em qualquer caso, a instauração pela autoridade policial incorpora a eventual ilegalidade, e esta se torna autoridade coatora porque é o seu ato que concretiza a lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção. De qualquer forma, porém, a questão ou controvérsia não pode prejudicar a concessão da medida se necessária à proteção do direito individual, que supera qualquer questão de natureza técnico-processual.

Igual é a situação se o juiz ou o Ministério Público requisita diligências à autoridade policial, mas é diferente se a requisição é dirigida diretamente ao particular, o qual, se entender que contém constrangimento ilegal, impetrará a ordem contra o juiz ou órgão do Ministério Público requisitante. Se a autoridade coatora é o juiz, a competência para o *habeas corpus* é do tribunal que, na hipótese de eventual ação penal, seria competente para o conhecimento da apelação segundo a natureza ou elementos da infração (Tribunal de Justiça, antigo Tribunal de Alçada[60] ou Tribunal Regional Federal).

18. ALTERNATIVAS DO INQUÉRITO POLICIAL AO CHEGAR A JUÍZO: VOLTA À POLÍCIA, CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. ARQUIVAMENTO

A autoridade policial não pode arquivar autos de inquérito policial, de modo que, fatalmente, instaurado aquele, deve ser remetido a juízo.

Nas comarcas em que houver mais de um ofício judicial ou mais de um juízo, o inquérito é distribuído, respeitada, se existir, a competência de vara especializada. Essa distribuição, salvo decisão posterior declinatória da competência (v. capítulo sobre a competência), já vale para a eventual ação penal subsequente.

Distribuídos os autos de inquérito, são eles remetidos à consideração do Ministério Público. Em alguns Estados essa vista ao Ministério Público, em virtude de disposição de caráter regimental geral, é feita diretamente pelo cartório independentemente de despacho do juiz, mesmo porque este, nessa oportunidade, nada tem a fazer.

Examinado pelo Ministério Público, o inquérito policial pode seguir várias alternativas, adiante enumeradas e comentadas:

- 1.** O Ministério Público pode entender que o inquérito não esclareceu suficientemente os fatos e, portanto, pode entender necessária a volta à polícia para a sua complementação. Neste caso, indicará as diligências necessárias e o juiz remeterá os autos em devolução à autoridade policial. O juiz não tem, nesse momento, poder de apreciação da pertinência das diligências requisitadas e

não tem outra alternativa senão mandar remeter os autos. Aliás o despacho do juiz, aí, seria dispensável. Se o juiz apreciar a proposição do Ministério Público indeferindo diligências, a decisão é passível de correição parcial.

Não é possível voltar à polícia com o indiciado preso. Se o inquérito deve voltar à polícia para novas diligências é porque não há base para denúncia; logo, não se justifica a manutenção da prisão. Se há base para a denúncia, deve ela ser apresentada, e, se for o caso, diligências complementares devem ser requeridas separadamente.

2. O Ministério Público pode entender que o foro ou o juízo não são competentes para a ação penal, pedindo, então, a remessa ao foro do juízo competente. A decisão do juiz, também nesse caso, tem apenas natureza administrativa e de encaminhamento, e não prejudica a competência jurisdicional. Encaminhados os autos, se o órgão do Ministério Público que os recebe discordar da manifestação anterior, suscitará o conflito de atribuições sobre a controvérsia a respeito de quem é que deve oferecer a denúncia. O conflito de atribuições entre dois órgãos do Ministério Público estadual é dirimido pelo Procurador-Geral da Justiça, que decidirá sobre o órgão competente. Entre dois órgãos do Ministério Público Federal (procuradores da República), quem o dirime é o Procurador-Geral da República. Entre dois órgãos de Ministérios Públicos de justiças diversas *não* há autoridade competente para dirimi-lo e, nesse caso, só havendo denúncia ou pedido de declaração formal da incompetência é que a questão da competência passa a ser jurisdicional e passível de resolução pelo Superior Tribunal de

Justiça. Na fase anterior à denúncia, o conflito é pré-processual, de natureza administrativa, sem que ordem jurídica preveja órgão para solucioná-lo no caso de Ministérios Públicos de justiças diversas.

Há quem entenda que o conflito de atribuições já é um conflito de competência (ou jurisdição, como diz o Código), mas tal entendimento não é o prevalente, porque o juiz que determina a simples remessa dos autos do inquérito de um para outro juízo não compromete, ainda, a sua função jurisdicional sobre a competência. A fase, na realidade, é, ainda, administrativa.

Outra razão, porém, é mais importante para que não se precipite o conflito de competência jurisdicional. Em um grande número de casos, a controvérsia sobre a competência decorre da classificação do delito e, conseqüentemente, da própria extensão da pretensão punitiva, como, por exemplo, lesão corporal e tentativa de homicídio. Nestes casos, a intervenção judicial antes do oferecimento da denúncia interferiria no âmbito da colocação da pretensão punitiva, que é atribuição do Ministério Público. O juiz, se interviesse nesse momento, precipitaria essa definição que deve ser concretizada mais tarde, em momentos processuais adequados como adiante se exporá. A questão, pois, nessa fase é de atribuição dos órgãos do Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes, firmou o entendimento de que o conflito de atribuições entre órgãos de Ministérios Públicos de justiças diferentes (estadual e federal, ou de dois Estados) passa a ser conflito de competências desde que a decisão do juiz tenha conteúdo jurisdicional. Tal orientação é

plenamente justificável em virtude da circunstância acima referida de que, se o conflito, nesses casos, permanecesse exclusivamente de atribuições, não existiria órgão para resolvê-lo. Em termos práticos, portanto, caberá ao Ministério Público nesses casos provocar decisão fundamentada sobre a competência do juiz perante o qual oficia. Se a decisão for de incompetência, o juiz que receber o procedimento, também fundamentadamente, poderá declarar-se incompetente, suscitando o conflito negativo de competência perante o Tribunal; se for de competência, outro juízo poderá, de maneira igual, com fundamentação também fazê-lo, suscitando o conflito positivo.

3. O Ministério Público pode entender que não há base para o oferecimento da denúncia e pedir o arquivamento do inquérito ou peças de informação. Se o juiz concordar com a proposta do Ministério Público e determinar o arquivamento, o inquérito somente poderá ser desarquivado se surgirem novas provas, conforme, aliás, preceitua a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal. É importante ressaltar que novas provas referem-se a elementos novos pertinentes ao fato e à autoria e não a circunstâncias acidentais ou externas, que não influem nesses elementos.

Assim, por exemplo, não é nova prova uma folha de antecedentes que revele a prática de outros crimes, porque não é pertinente nem ao fato investigado no inquérito nem à sua autoria, como não será a reinquirição de testemunha que nada acrescenta ao depoimento anterior.

Se o juiz discordar da promoção do Ministério Público quanto ao pedido de arquivamento, deverá determinar a remessa dos autos ao

Procurador-Geral da Justiça, conforme preceitua o art. 28 do Código de Processo Penal. Tal determinação tem por fim assegurar o princípio da necessidade da ação penal adiante comentado. O Procurador-Geral (se se tratar da Justiça Federal será o Procurador-Geral Regional da República) poderá:

a. insistir no arquivamento, caso em que o juiz simplesmente recebe os autos de volta para remetê-los ao arquivo no cartório respectivo;

b. determinar diligências complementares para poder decidir, caso em que essas diligências serão requisitadas diretamente à polícia ou a outras entidades. É importante observar que a deliberação, nessa fase, é de exclusiva competência do Ministério Público, em nada interferindo o Poder Judiciário. Aliás, se o promotor pediu o arquivamento, o juiz não pode determinar, de ofício, diligências complementares, cabendo-lhe, apenas, deferir o arquivamento ou remeter os autos ao Procurador-Geral, sob pena de praticar ato de inversão tumultuária da ordem processual, passível de correção parcial. Este sistema respeita o princípio acusatório e a imparcialidade do juiz, que não pode tornar-se acusador;

c. discordar do pedido de arquivamento, caso em que oferecerá denúncia ou determinará que outro promotor a ofereça. Discute-se se o promotor designado pode discordar da decisão do Procurador-Geral. A discussão, porém, assenta sobre um falso problema, que confunde a atuação processual com a hierarquia administrativa e a unidade e indivisibilidade do Ministério Público, bem como sua autonomia funcional. Sob o aspecto processual, discordando o

Procurador-Geral do pedido de arquivamento, a determinação de oferecer denúncia é irrecusável e indiscutível, porque a ele compete tal deliberação, e a denúncia será, em qualquer hipótese, oferecida. Se, porém, o promotor designado tiver algum motivo de caráter pessoal para não oferecê-la, como, por exemplo, posição política contrária, posição doutrinária jurídica contrária ou convicção contrária, esse motivo pode ser alegado como fundamento de foro íntimo de impedimento ou suspeição para a escusa de atuação pessoal no processo. Se o Procurador-Geral entender cabível, designará outro promotor para oferecer a denúncia. No plano processual, essa recusa não tem nenhuma interferência porque a denúncia será oferecida de qualquer maneira; no plano administrativo, a recusa será examinada pelos órgãos censores do Ministério Público, se for o caso, quando a recusa não tiver fundamento jurídico razoável. Conta-se que um promotor alegou impedimento porque tinha medo pessoal em virtude de o réu ser perigoso (!)...

Se o processo for de competência originária dos tribunais, em virtude de competência determinada por prerrogativa de função, o pedido de arquivamento é feito pelo Procurador-Geral da Justiça diretamente perante o tribunal. Este, a rigor, não pode recusar o pedido de arquivamento, porque não há autoridade superior do Ministério Público para reexaminá-lo, e muito menos pode o tribunal proceder de ofício formulando acusação ou nomeando procurador *ad hoc*, figura inadmissível num sistema de garantia de direitos individuais (v. adiante comentário sobre ação penal popular).

Todavia, tem acontecido de, em certos casos, alguns tribunais (nunca o Supremo Tribunal Federal, que tem seguido a orientação de considerar o requerimento de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral como irrecusável), discordando do pedido, devolverem os autos ao Procurador-Geral, o qual tem determinado o arquivamento na própria Procuradoria-Geral. Tal situação, porém, não é muito regular, porque, anotado o inquérito nos registros da Secretaria do Tribunal, fica ele em aberto, com carga para a Procuradoria. A questão, porém, é puramente administrativa.

4. O órgão do Ministério Público verifica que o inquérito apurou, apenas, a existência de crime de ação penal de iniciativa exclusivamente privada. Neste caso, o promotor pedirá que se aguarde a iniciativa do ofendido até que ocorra a decadência, se a queixa não for oferecida no prazo legal.

5. O órgão do Ministério Público entende que há fundamento para o oferecimento da denúncia e a apresenta, no prazo de 5 dias se se trata de inquérito com réu preso e 15 se se trata de inquérito de réu solto. O excesso de prazo, no caso de réu preso, gera constrangimento ilegal e pode impor sua soltura; no caso de réu solto, enseja a ação penal privada subsidiária, conforme adiante se verá (art. 29), sem prejuízo de sanções administrativas. O excesso de prazo, porém, não prejudica a ação penal, salvo, evidentemente, a ocorrência de prescrição. A denúncia, que é a petição inicial da ação penal, terá o inquérito como sua sustentação, e com ele será autuada no cartório judicial. No corpo do inquérito, o Ministério Público deve apresentar cota dirigida ao juiz, que se denomina cota

introdutória. Nessa cota, o Ministério Público: *a)* declara que apresentou a denúncia em separado; *b)* requer diligências que reputar necessárias, inclusive a folha de antecedentes e certidões respectivas; *c)* pode justificar o enquadramento legal proposto na denúncia ou tratar de outras questões jurídicas, como, por exemplo, a fundamentação da competência, a inexistência de prescrição etc.; *d)* deve justificar a não inclusão como réu de algum indiciado ou o não oferecimento da denúncia em relação a algum fato punível referido no inquérito. Nestes casos, tal justificativa equivale a um pedido de arquivamento, e o juiz pode proceder nos termos do art. 28, ou seja, remeter os autos ao Procurador-Geral; *e)* pode, se for o caso, pedir a extração de peças para a apuração de outra infração penal não plenamente investigada, mas com elementos nos autos. Este procedimento, aliás, é o indicado quando algum indiciado estiver preso e não puder aguardar preso investigações sobre outros réus ou sobre outros fatos.

Os requisitos e as características da denúncia serão examinados no capítulo referente à ação penal pública.

19. ASPECTOS ESPECIAIS

19.1. Atuação policial em face dos atos preparatórios

Cabem, aqui, algumas considerações sobre tema que tem sido descurado e que se torna cada vez mais relevante, que é o da atuação policial em face de atos preparatórios de crimes ou em face

de crimes que não admitem o flagrante enquanto termo formal de prisão processual[61].

O iter criminis é o conjunto de fases pelas quais passa o delito contendo uma fase subjetiva ou interna, que é a cogitação do agente, que pode ser planejada ou instantânea, e as fases externas, que são a dos atos preparatórios e a da execução, que se desdobra em fase ou momento da tentativa e fase de consumação.

É conhecida a dificuldade da distinção, em concreto, entre a fase de atos preparatórios e a da tentativa, qual seja, a identificação do momento em que o agente passa da preparação ingressando na incidência penal da tentativa.

Todos os esforços para estabelecer algum critério seguro esbarram em duas dificuldades: a fática, uma vez que os fatos são muito variados e muitas vezes equívocos, e a jurídica, referente à fluida conceituação do que seja ato de execução, caracterizador da tentativa porque já se teria iniciado o ingresso no tipo, ultrapassando o mero ato preparatório.

Em alguns países, atos preparatórios constituem crime autônomo, como os que adotam figura semelhante ao *conspiracy* norte-americano. No Brasil há grande número de casos de tentativas equiparadas ao crime consumado, como também de atos preparatórios equiparados ou autônomos. Quando isso não ocorre, a dúvida persiste na indagação de se a hipótese se manteve na fase de não incidência penal ou se já se encontra em sede de tentativa.

A questão a enfrentar é: a partir de que momento pode iniciar-se a atividade policial, ou seja, a atividade da persecução penal, em

sentido amplo, pode iniciar-se antes do ingresso na fase de tentativa?

É costume distinguir polícia preventiva e polícia judiciária que, no Brasil, estariam organicamente separadas como Polícia Militar e Polícia Judiciária ou Civil. Independentemente, porém, de eventual separação orgânica, no plano funcional é possível identificar a atuação do direito penal antes da prática do delito. Não é o caso de se discutir a extensão, a profundidade ou a eficácia da função preventiva do direito mas ela existe, pelo menos em face de certo número de pessoas; quanto às demais, a função preventiva atua, sem dúvida, no sentido de evitar a prática de crimes, o que também é uma das formas de atuação do direito penal.

O direito, em geral, atua não somente quando violado, mas também pela conduta voluntária das pessoas que seguem o por ele preconizado. Assim, se a inadimplência civil é de 5%, por exemplo, quer dizer que o direito cumpriu seu papel de regulamentação da conduta humana em 95%. O mesmo acontece com o direito penal. Não é possível dizer quanto, mas a experiência comum informa que medidas antecipadas reduzem a prática de crimes e esse efeito se deve ao direito penal, porque o Estado tem o dever de evitar a criminalidade.

Daí se conclui que a persecução penal, no sentido de instrumento jurídico para fazer valer os valores consagrados pela ordem jurídica, atua antes e depois do crime e cabe ao Estado fazer com que ela valha.

Isso também quer dizer que cada pessoa pode comunicar à autoridade a possibilidade de um crime ainda que se encontre na fase de planejamento ou atos preparatórios, sendo dever do Estado adotar as providências necessárias à interrupção do *iter criminis*. O contrário seria absurdo, ou seja, se se entendesse que o cidadão não pode representar na fase de atos preparatórios e que a autoridade precisasse ficar esperando que a atividade criminosa chegasse à fase de tentativa ou consumação.

Há outro argumento, ainda. A legítima defesa pode atuar na situação de *iminência* de agressão, ou seja, antes que o agressor tenha entrado na esfera da tentativa, podendo, pois, legitimamente haver reação antes que haja atividade criminal propriamente dita, pelo menos a tentativa. Se a ordem jurídica admite a reação individual em face da ameaça de lesão, com maior razão pode haver a reação social contra o ato preparatório, mesmo quando o agente ainda não tenha iniciado conduta penalmente punível, mas esteja na iminência de fazê-lo, gerando essa convicção pela prática de atos que signifiquem a preparação de crime ou sua tentativa.

Assim, para citar um exemplo, no caso de drogas, o porte, ainda que para uso pessoal, mesmo sendo um crime menor, autoriza a ação criminal para que não se consume ele ou outro mais grave. Por exemplo, a fundada suspeita de que em determinada festa que se realizará amanhã “rolará” o consumo de drogas, pode e deve haver atuação policial para que isso não ocorra. Se, em virtude disso, haverá ou não flagrante, a questão é de se discutir depois, seguindo-se o que a lei determinar para cada caso, podendo ocorrer

que nenhuma outra providência posterior seja necessária na área criminal, o que não torna ilegítima a ação obstativa da atividade criminosa. Pode, também, ocorrer que da ação inicialmente preventiva resulte para alguém o flagrante com prisão, o flagrante com fiança para outro, a lavratura de termo circunstanciado para outro e a simples soltura para terceiros.

19.2. Aspectos da investigação em face da organização criminosa

Na época da edição do Código não se imaginaram regras especiais para o combate à criminalidade organizada. O Código Penal a ele contemporâneo previa a figura da “quadrilha ou bando” (art. 288), que subsiste até hoje, mas não havia preocupação de normas especiais para o seu combate[62].

Não há definição da forma ou modo de ser da quadrilha ou bando, mas a ideia é a de que se trata da reunião de pessoas que se ajustam para a prática de crimes, em futuro concurso ou não. A formação de quadrilha ou bando é crime que antecede o crime-fim, é independente dele e está vinculada à concepção dos antigos bandos ou quadrilhas consistentes de grupos de criminosos em que todos podem fazer a mesma coisa, de regra se conhecem e podem ter uma chefia imediata de todos.

Igualmente, não há definição legal de organização criminosa, figura introduzida no Brasil pela Lei n. 9.034/95, que, em sua versão original, a equiparava à descrição do art. 288 do Código Penal, aspecto que foi alterado pela Lei n. 10.217, apresentando as figuras como de conteúdo diferente, lado a lado: quadrilha ou bando e

organização criminosa. A Lei n. 9.034 estabelece medidas de ordem processual, investigativa e administrativa no combate ao crime organizado, mas não define as características de uma organização criminosa nem prevê a organização como fato criminoso em si, diferentemente do que ocorre em outras legislações.

Há quem sustente que a lei deveria ter fornecido os requisitos para que uma associação ou grupo se constitua em organização, mas não cremos que isso seria adequado, uma vez que as organizações são muito diferenciadas e uma definição restringiria o conceito, tornando impossível a sua identificação em face de exigências rígidas e expressas. O conceito deve manter-se fluido, como fluido é o próprio modo de ser de uma *societas sceleris*. Da doutrina, então, é que podem ser extraídas as características básicas de uma organização criminosa que podem não estar presentes em todos os casos, mas servem de base para o enquadramento jurídico da situação.

São apontados os seguintes elementos para o reconhecimento de uma organização criminosa:

1- Estrutura organizacional, com células relativamente estanques, de modo que uma não tem a identificação dos componentes da outra.

2- Especialização de tarefas, de modo que cada uma exerce uma atividade predominante. Tomando como exemplo uma organização criminosa para o tráfico ilícito de entorpecentes, dir-se-ia que tem atividade definida o importador, o transportador, o destilador, o

financeiro, o traficante de área e distribuidor e o traficante local, como uma rede, das artérias aos vasos capilares.

3- A existência de vários níveis de hierarquia, em que os subordinados nem sempre, ou quase nunca, conhecem a identidade da chefia de dois ou mais escalões superiores ou ainda que conheçam a chefia mais elevada não têm contato direto com ela e não podem fornecer provas a respeito.

4- A possível existência de infiltração de membros da organização em atividades públicas, no Poder Executivo, Legislativo, Ministério Público e Judiciário e corrupção de agentes públicos.

5- A tendência de durabilidade.

6- A conexão com outras organizações, no mesmo ramo ou em ramo diferente, quando não a atividade em vários ramos.

7 - A coação, mediante violência, chantagem ou aproveitamento da condição de pessoas não participantes, mas que passam a ser auxiliares ou coniventes e que vivem sob a imposição de grave dano em caso de delação.

8- Mais de três pessoas.

Apesar de não ter definição legal, a expressão "organização criminosa" é utilizada para fins penais, além da Lei n. 9.034, por exemplo, no crime de lavagem de dinheiro e nos da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006).

A este respeito, no HC 138.058-RJ do STJ, de relatoria do Min. Haroldo Rodrigues (Des. Convocado do TJ/CE), j. 22-3-2011, entendeu-se que a expressão "organização criminosa" ficou

definida nos termos do art. 2, a, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Entendeu o Min. relator, também, que “a definição de uma organização criminosa não se submete ao princípio da taxatividade, pois o núcleo do tipo penal previsto na norma é ‘ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime’, sendo a expressão ‘organização criminosa’ um complemento normativo do tipo, tratando-se, no caso, de uma norma penal em branco heteróloga ou em sentido estrito, que independe de complementação por meio de lei formal”.

Caracterizado o grupo como organização criminosa, a ele podem ser empregadas medidas especiais de produção de prova como a ação controlada e o agente infiltrado.

19.3. Termo circunstanciado: conceito, natureza jurídica e natureza jurídica das decisões que a lavratura do termo exige. Da autoridade atribuída para lavrar o termo

19.3.1. Introdução e contexto histórico

Antes de ingressar nas considerações doutrinárias, parece importante reconstituir o clima do momento em que foi editada a Lei n. 9.099/95, lembrar alguns aspectos históricos de sua edição e dos momentos que se seguiram no contexto da distribuição da Justiça no Brasil.

Há cerca de 20 anos ou até um pouco mais, desenvolveu-se no Brasil um movimento em direção à ampliação do acesso à Justiça, inspirado, entre outros, no monumental trabalho de Cappelletti e Garth que identificaram três *waves of reform* no *access-to-justice movement*: a garantia de assistência jurídica para os pobres, a representação dos direitos difusos e a informalização do procedimento de resolução de conflitos[63].

Ainda que não exatamente como imaginaram os doutrinadores estrangeiros, quanto à primeira onda a resposta foi a modernização da Lei n. 1.060/50; quanto à segunda, a edição da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e quanto à terceira a promulgação da Lei n. 9.099/95. A Constituição de 1988 consagrou, sem dúvida, a mesma vertente.

Esse clima, de um lado, foi recompensado por uma real ampliação da presença da Justiça em campos antes sequer cogitados, tanto no plano objetivo, como o dos direitos difusos e coletivos, quanto no plano subjetivo, no sentido de se propiciar maior resposta a pessoas que jamais teriam a oportunidade de obter o reconhecimento judicial de seus direitos. De outro lado, porém, apresentou-se uma frustração, porque, ao contrário do que se imaginava, que a ampliação dos meios de acesso à Justiça iria reduzir a carga de

serviço forense do chamado juízo comum, ocorreu o oposto, o aumento generalizado das demandas em todos os planos: o horizontal e o vertical, do primeiro grau aos Tribunais Superiores, em virtude de um fenômeno brasileiro muito bem identificado na expressão feliz de Kazuo Watanabe, de que no Brasil existe uma “litigiosidade contida” que nenhuma ampliação dos meios de acesso à Justiça pode saciar.

O contexto, pois, era esse, o de propiciar, a qualquer custo, o maior atendimento à população carente de Justiça, a maior rapidez dos julgamentos, a maior informalidade processual, a maior imediatidade da presença judicial perante o fato etc.

Não é de se estranhar, portanto, que a primeira reação à Lei n. 9.099/95 foi a de se admitir que qualquer agente do Poder Público que tomasse conhecimento de uma infração de menor potencial ofensivo pudesse dar início ao procedimento de persecução penal em sentido amplo. Confesso que, na ocasião, a ideia não me causou repulsa, porque também estava imbuído do espírito vetor da época.

É hora, porém, de se repensar a questão, não somente porque, se a Justiça dos Homens pode alcançar um mínimo de razoabilidade, é devido ao fato de serem respeitados os princípios e os papéis jurídico-sociais de todos os envolvidos na dialética da distribuição da Justiça, mas também porque as situações mudam, no plano fático e jurídico.

19.3.2. A natureza jurídica do termo circunstanciado

É indiscutível que o termo circunstanciado previsto na Lei n. 9.099/95 é um ato administrativo e, como tal, deve, para sua

validade, ter seus cinco elementos essenciais: objeto lícito, forma legal, competência da autoridade, motivo e finalidade.

Não é o caso de se aprofundar na análise desses elementos, mas basta lembrar seu objeto, seu motivo, sua finalidade para daí se concluir pela competência da autoridade que deve lavrá-lo.

O termo circunstanciado tem por objeto a descrição de uma infração penal de pequeno potencial ofensivo e suas circunstâncias, bem como eventual qualificação de testemunhas e indicação das requisições de exames necessários à prova da materialidade da infração. Dele também deverá constar, se não houver a apresentação imediata do agente ao juiz, o compromisso de aquele comparecer em juízo, a fim de que não se imponha a prisão em flagrante ou se exija fiança.

O seu motivo, no sentido que o Direito Administrativo empresta a esse termo, é a existência suficientemente caracterizada de uma infração penal qualificada como de pequeno potencial ofensivo. Sua finalidade é a de dar elementos, somados à prova técnica requisitada, para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público para a propositura de ação penal ou das outras alternativas previstas na lei especial. Da mesma forma que o inquérito policial para as demais infrações penais, o termo circunstanciado deverá conter os elementos suficientes para sustentar a acusação e as providências penais, na proporção exigida pela natureza da infração (de pequeno potencial ofensivo) mas indispensável para que tenham justa causa.

Quanto à finalidade é a mesma do inquérito policial, qual seja, dar elementos para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador e dar

prova suficiente do crime e da autoria, de forma a fornecer embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa (v. item 14, *supra*).

Por outro lado, como alertou Francesco Carnelutti[64], a afirmação de determinada convicção a respeito da prática de uma infração penal deve ser técnica e dotada da responsabilidade funcional da autoridade pública que a formula, para que a sucessão dos atos tendentes a uma sentença penal de mérito, passível, em tese, de ser condenatória, tenha um mínimo de garantia básica contra acusações infundadas que, se assim forem, sequer devem ser levadas à apreciação do juiz.

Disse, com muita propriedade, Adroaldo Furtado Fabrício, em banca de mestrado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre, que o processo é uma sucessão de verdades provisórias: há a verdade da autoridade policial que lavra o flagrante ou instaura o inquérito ou lavra o Termo Circunstanciado; há a verdade provisória do Ministério Público, que forma a *opinio delicti* e oferece a denúncia ou propõe as medidas da Lei n. 9.099/95; há a verdade provisória do juiz quando recebe a denúncia e a verdade da sentença recorrível, sendo a verdade definitiva somente a verdade da sentença transitada em julgado e, em matéria penal, ainda, se for absolutória, porque mesmo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ainda não é definitiva, porque sujeita a revisão criminal e eventualmente *habeas corpus*.

Cada uma dessas etapas de convicção envolve os seguintes aspectos em função de um sentido garantista do processo penal, essencial no Estado Democrático de Direito: 1) a formação técnica da autoridade que a formula; 2) a investidura formal da autoridade; 3) a assunção da responsabilidade pela coação decorrente do ato que pratica em face do suspeito, indiciado ou acusado.

Se a ação penal indevida e sem justa causa já significa coação ilegal passível de ser trancada por meio de *habeas corpus*, assim também o inquérito policial e a lavratura do termo circunstanciado na medida em que este último submete alguém ao ônus de comparecer em juízo sob a ameaça da lavratura do flagrante ou de ser compelido a prestar fiança. Com a lavratura do flagrante ou do Termo Circunstanciado, a autoridade assume a coação processual e torna-se autoridade coatora, responsável para ser o impetrado no *writ* constitucional do *habeas corpus*.

A decorrência lógica e inafastável dessas exigências e circunstâncias (formação técnica jurídica, investidura em cargo público destinado a tal função e responsabilidade pela coação processual) é a de que a única autoridade que pode lavrar o auto circunstanciado é o Delegado de Polícia de carreira da Polícia Civil, nos termos do art. 144, § 4º, da Constituição da República.

Insista-se que a questão não é apenas formal, de interpretação da letra do texto constitucional, mas da substância da garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa. O suspeito, o indiciado ou o acusado têm o direito de somente assim ser colocados pela autoridade que tenha a formação técnica

especializada, a investidura e a responsabilidade constitucional e tal direito está ligado à garantia das liberdades públicas e da dignidade da pessoa humana. Assim a posição do eminente processualista penal Fernando da Costa Tourinho Filho, em *Código de Processo Penal comentado*:

“Ainda há Polícia Civil, mantida pelos Estados, e dirigida por Delegados de Polícia, cabendo-lhe a função precípua de apurar as infrações penais e respectivas autorias, ressalvadas as atribuições da Polícia Federal e as infrações da alçada militar. Também lhe incumbem as funções de Polícia Judiciária consistentes não só naquelas atividades referidas no artigo 13 do CPP, bem como nas relacionadas no artigo 69 da Lei dos Juizados Especiais Criminais”.

E no mesmo sentido José Afonso da Silva, Antônio Evaristo de Moraes Filho e Julio Fabbrini Mirabete, para os quais apenas a Polícia Civil pode desempenhar a função de Polícia Judiciária e a lavratura do termo circunstanciado da Lei n. 9.099/95, que faz parte dessa atribuição.

Não são argumentos sustentáveis nem a eventual formação jurídica acadêmica do Policial Militar que atende o local, porque lhe falta a investidura e a responsabilidade legal funcional garantidoras da melhor formulação da imputação, ainda que incipiente e provisória, da prática de infração penal a alguém, nem o argumento da celeridade ou informalidade que inspirou a Lei n. 9.099/95,

porque sobre elas prevalece a garantia da liberdade das pessoas, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

19.3.3. A natureza das decisões que a lavratura do termo exige

Termo circunstanciado não é apenas um ato descritivo ou de constatação mecânica ou fotográfica. É um juízo de valor sobre a prática de uma infração penal que vai desde o entendimento responsável da tipicidade ou atipicidade de uma conduta que leva, ou não, a submeter alguém ao ônus de um procedimento de natureza penal até a formulação de um enquadramento típico quanto à natureza da infração, de pequeno potencial ofensivo ou não.

Exemplifiquemos com uma ocorrência envolvendo várias pessoas relacionadas à apreensão de determinada quantidade de droga proibida ou controlada nos termos da Lei n. 11.343/2006. Como se sabe, a aludida lei prevê, sem se considerar os crimes de associação, o de receita culposa e o de dirigir embarcação ou aeronave após ter ingerido droga, sete, nada menos que sete níveis incriminatórios diferenciados[65]. Esses níveis, em sua gradação ou escala, são constituídos de crimes inafiançáveis, equiparados a hediondos, afiançáveis e, até, de pequeno potencial ofensivo. Como atribuir a imputação do enquadramento típico a cada uma a alguém que não seja a autoridade da Polícia Civil, o Delegado de Carreira, responsável pela decisão de não imputação se verificar de imediato a inexistência de crime por parte de alguém que será arrolado como testemunha, pela decisão da lavratura do flagrante em face de "X" que entende enquadrado no art. 33 da Lei ou a lavratura do termo

circunstanciado em face de “Y” se entende que este trazia a droga para uso pessoal e, portanto, estaria incidindo apenas no art. 28.

Ainda que a situação seja mais simples e estejamos diante de um disparo de arma de fogo aparentemente acidental, quem se não o Delegado de Polícia pode deliberar com a garantia de sua investidura funcional e técnica a respeito da abertura de inquérito para apuração de eventual homicídio doloso ou, desde logo, a lavratura de termo circunstanciado por entender clara a hipótese de culpa? Seria absurdo inominável admitir-se que qualquer outro agente público pudesse exercer tal função e tomar tal decisão.

Mesmo em delitos de trânsito, casos que provavelmente foram os que mais chamaram a atenção do legislador da Lei n. 9.099/95, então preocupada com a informalidade e a rapidez, em virtude do novo Código de Trânsito Brasileiro e a recente modificação de seu art. 306, chamada de “lei seca”, tornaram-se complexos e podem exigir profundo conhecimento técnico jurídico e técnico investigatório policial a fim de não se comprometer a segurança da Justiça e a garantia do cidadão.

19.3.4. A função e papel dialético-jurídico dos envolvidos na persecução penal e sua responsabilidade em face das garantias individuais, bem como a responsabilidade do conjunto de seus participantes

Nos termos de reiterada orientação do Supremo Tribunal Federal, fixou-se o princípio ligado à garantia do “devido processo legal” de que a atividade da persecução penal em sentido amplo não pode ser acumulada ou concentrada na mesma pessoa.

Assim pode ser formulado o princípio extraído de orientação constante do Supremo Tribunal Federal e consagrado no Código de Processo Penal:

“Para garantia do acusado, o exercício das diversas atividades ligadas à persecução penal deve ser realizado por pessoas diferentes em cada uma de suas etapas ou momentos, para que a diversidade de pessoas e autoridades contribua para a imparcialidade e justiça da decisão final”.

Não é por outra razão que não se admite que a autoridade policial que preside a lavratura do flagrante seja também o escrivão *ad hoc*; que, nos termos da reforma do Código de Processo Penal de 2008, o condutor do preso em flagrante não pode ser também uma das testemunhas; que não pode ser perito quem participou da diligência de apreensão; que quem exerceu atividade como autoridade policial não pode atuar como órgão do Ministério Público; que este não pode vir a ser o juiz e o juiz de primeiro grau está impedido de julgar em segundo e assim por diante. E não somente no que concerne à sucessão ou concentração de funções mas também no que se refere a um dos participantes querer desviar-se de sua função dialética para exercer a de outro ou que seja saltada ou omitida uma delas.

Da autonomia, independência e responsabilidade de cada uma é que pode razoavelmente resultar uma Justiça humana aceitável. Daí nossa posição radical no sentido de que não cabe ao Ministério Público querer substituir-se à função investigatória do Delegado de Polícia, porque isso comprometeria a dignidade e importância garantista da formação isenta da *opinio delicti* que em nada é

incompatível com a atitude dialética acusatória. Da dialética, do respeito às atribuições e da autonomia das funções é que se pode alcançar algo de justiça em face da imparcialidade do juiz. Também não é por outra razão que a reforma de 2008 do Código de Processo Penal acentuou o caráter complementar dos poderes do juiz em relação à prova, a fim de que uma atitude inquisitiva, própria de órgão acusador não o transforme, nas palavras de Carnelutti, em “inimigo do Réu”.

No Estado de São Paulo, para citar um exemplo, a Procuradoria-Geral de Justiça baixou o Ato Normativo 314-PGJ/CPJ (publicado no *Diário Oficial do Estado de São Paulo* em 28-6-2003), prevendo a possibilidade de membro do Ministério Público instaurar procedimento administrativo criminal quando entender necessários maiores esclarecimentos sobre o fato ou aprofundamento da investigação criminal produzida (art. 2º, *caput*).

A 2ª T. do Supremo Tribunal Federal, no RHC 81.326-7 – DF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 6-5-2003, entendeu que, em hipóteses como a citada, não tem o Ministério Público o poder de realizar e presidir inquérito, já que a norma constitucional (art. 129, VIII, da CF) limitou a atribuir-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial.

Estava em trâmite no Pleno do Supremo Tribunal Federal o Inquérito n. 1.968 – DF, aguardando decisão de recebimento de denúncia amparada em provas produzidas diretamente pelo Ministério Público. No entanto, após terem proferido votos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Nelson Jobim, no sentido de rejeitar a denúncia, e os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Britto, admitindo o poder investigatório do Ministério Público, os autos, que estavam com pedido de vista pelo Min. Cezar Peluso, foram retirados da bancada do Pleno e encaminhados para Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Maranhão em virtude da cessação de prerrogativa de um dos denunciados.

Atualmente, de acordo com a pauta temática, encontram-se em julgamento no Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto, os *Habeas Corpus* n. 83933-SP; n. 84548-SP e n. 83634-SP, esse último com deliberação para ser submetido ao plenário[66].

Transportando, portanto, o princípio ao tema que agora nos ocupa, fica claro o “atropelo” de funções, que devem ser essencialmente separadas, se houver o exercício por parte da instituição que tem por missão o policiamento preventivo e a interrupção imediata da atividade criminosa também a função da

qualificação jurídica, o enquadramento legal e a formação da justa causa para a ação penal. A primeira nobre e digna missão, a do policiamento ostensivo e a da interrupção imediata da atividade criminosa, cabe basicamente à Polícia Militar; a qualificação legal e a formação da justa causa para a ação penal à polícia judiciária, constituída pelos delegados de carreira.

19.3.5. As atribuições constitucionais da Polícia Civil e da Polícia Militar

Além dos argumentos substanciais acima apresentados confirmam tal posição os textos formais constitucionais.

Para Hely Lopes Meirelles, a Polícia Judiciária é a que se destina precipuamente a reprimir infrações penais (crimes e contravenções) e a apresentar os infratores à Justiça, para a necessária punição, efetuando prisões em flagrante delito ou em cumprimento de mandados judiciais[67], acrescentando-se desde logo que a Polícia Judiciária está sujeita aos princípios dos direitos fundamentais da constitucionalidade, igualdade e o da legalidade, sob o controle externo do Ministério Público e como auxiliar da Justiça penal. A expressão – polícia judiciária – assume sentido amplo, ou seja, todas as funções da Polícia Civil (art. 144, § 4º, da CF).

Diferentemente da Polícia Civil, ressalta José Afonso da Silva, a Polícia Militar é órgão policial com função de polícia preventiva que tenta com sua presença ostensiva evitar a ocorrência do ilícito[68].

As atribuições constitucionais encontram-se respectivamente nos arts. 144, § 4º, para a Polícia Civil Judiciária (v. item 14, *supra*) e 144, § 5º, para a Polícia Militar e, conforme acima exposto uma não

pode exercer a função da outra porque essa separação se assenta no princípio maior de garantia da liberdade das pessoas.

À vista do exposto, conclui-se que não pode o termo circunstanciado a que se refere a Lei n. 9.099/95 ser lavrado por membro da Polícia Militar, uma vez que se trata de ato de Polícia Judiciária privativo dos Delegados de Polícia de carreira, nos termos do art. 144, § 4º, da Constituição da República.

Dessa forma, consideramos impróprio o item 41.1 do Provimento n. 806/2003 que, entre outros, incorporou e consolidou o Provimento n. 758/2001, do EGRÉGIO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO, considerando “autoridade policial, apta a tomar conhecimento da ocorrência e a lavrar termo circunstanciado, o agente do poder público, investido legalmente para intervir na vida da pessoa natural, que atue no policiamento ostensivo ou investigatório”, e que, portanto, merece ser revisto.

CAPÍTULO IV

DA AÇÃO PENAL

20. ASPECTOS GERAIS: CONCEITO, CONDIÇÕES. CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE

20.1. Conceito

O direito de ação é o direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre uma pretensão.

Desde o momento em que o Estado instituiu a proibição da justiça privada, foi outorgado aos cidadãos o direito de recorrer^[69] a órgãos estatais para a solução de seus conflitos de interesses. Primitivamente, entendeu-se o direito de ação como um complemento do direito subjetivo de cada um, mas a doutrina percebeu que aquele era independente deste, isto é, que o direito de ação existia independentemente da existência do direito subjetivo. Aliás, Chiovenda demonstrou, em seu trabalho sobre a ação declaratória negativa, que alguém poderia pleitear ao Judiciário a

declaração de que não existe uma relação jurídica de direito material entre dois sujeitos, de modo que o direito de pleitear (direito de ação) é autônomo e independente do direito material ou relação jurídica material eventualmente existente entre as partes.

Além disso, ficou claro que o direito de ação não é dirigido contra o réu, mas sim contra o Estado, porque é o direito de obter dele uma decisão sobre determinado pedido. É verdade que, com o pedido ao Judiciário, pretende o autor que os efeitos almejados se produzam contra alguém, o réu, mas o direito de agir se exerce perante o Estado-Juiz.

Em contrapartida, o direito de ação, no que concerne ao réu, traduz-se em direito de defesa, ou seja, o direito de somente se ver constrangido a algo após a decisão judicial, com a garantia de que a decisão só sobrevirá após ser ouvido e ter oportunidade de produzir prova e manifestar-se adequadamente. Daí se dizer que o direito de ação é um direito subjetivo (de cada um) *público*, que se exerce contra o Estado, do qual se exige uma decisão sobre uma pretensão.

A pretensão é o bem jurídico que o autor deseja obter por meio da atuação jurisdicional. É também chamada pretensão de direito material, porque o resultado pretendido deverá projetar-se nessa área. A pretensão, sim, é dirigida contra o réu, pois é contra ele que o autor deseja a produção dos efeitos da decisão, a fim de obter o que não está conseguindo sem a intervenção jurisdicional.

O direito de ação é dividido em dois planos: o plano do direito constitucional e o plano processual, tendo o primeiro um maior grau

de generalidade. Sob esse aspecto, o direito de ação é amplo, genérico e incondicionado (art. 5º, XXXV).

Já o chamado direito processual de ação não é incondicionado e genérico, mas conexo a uma pretensão, tendo com ela certos liames. O direito de ação não existe para satisfazer a si mesmo, mas para fazer atuar toda a ordem jurídica, de modo que o seu exercício é condicionado a determinados requisitos, ligados à pretensão, chamados *condições da ação*.

Convém esclarecer, contudo, que não há dois direitos de ação, um constitucional e um processual; o direito de ação é sempre processual, pois é por meio do processo que ele se exerce. O que existe é a garantia constitucional genérica do direito de ação, a fim de que a lei não obstrua o caminho ao Judiciário na correção das lesões de direitos, porém o seu exercício é sempre processual e conexo a uma pretensão.

Costuma-se, também, usar, como sinônimo de ação, apesar de não muito precisamente, os termos “causa” e “demanda”, e até “processo”, apesar de este ter, em linguagem técnica, um sentido bastante diferente.

20.2. Condições

Os vínculos existentes entre o direito de ação e a pretensão, formando uma relação de instrumentalidade, levam-nos à conclusão de que o exercício da ação está sujeito à existência de três condições, que são: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido[70].

Legitimidade. Refere-se às partes, sendo denominada, também, legitimação para agir ou, na expressão latina, *legitimatío ad causam*. A legitimidade, no dizer de Alfredo Buzaid, conforme já referido (Cap. I, 8.2), é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto. A cada um de nós não é permitido propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo. Em regra, somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo. Cada um deve propor as ações relativas aos seus direitos. Salvo casos excepcionais expressamente previstos em lei, quem está autorizado a agir é o sujeito da relação jurídica discutida. Assim, quem pode propor a ação de cobrança de um crédito é o credor; quem pode propor a ação de despejo é o locador; quem pode pleitear a reparação do dano é aquele que o sofreu.

A legitimação, para ser regular, há de verificar-se no polo ativo e no polo passivo da relação processual. O autor deve estar legitimado para agir em relação ao objeto da demanda, propondo-a contra o outro polo da relação jurídica discutida, ou seja, o réu deve ser aquele que, por força da ordem jurídica material, deve, adequadamente, suportar as consequências da demanda. Usando os exemplos acima referidos, o réu da ação de cobrança deve ser o devedor; da ação de despejo, o locatário; da ação de reparação de dano, o seu causador.

Como se disse, a regra geral é a de que está autorizado a demandar quem for o titular da relação jurídica, dizendo-se, então,

que a legitimação é ordinária.

Há casos, porém, em que texto expresso de lei autoriza alguém que não seja o sujeito da relação jurídica de direito material a demandar. Nestes casos, diz-se que a legitimação é extraordinária.

A legitimação extraordinária foi denominada por Chiovenda “substituição processual”, e ocorre quando alguém, em virtude de texto legal expresso, tem qualidade para litigar, em nome próprio, sobre direito alheio. Como diz Moacyr Amaral Santos[71]: quem litiga como autor ou réu é o substituto processual, fá-lo em nome próprio, na defesa do direito de outrem, que é o substituído.

No processo penal o problema da legitimidade é essencial e está ligado estreitamente à própria possibilidade de movimentar a atuação jurisdicional. Há uma legitimação genérica, que é a do Ministério Público, titular natural da ação penal, desde que a lei não disponha de modo diverso. Se a lei institui determinado crime e nada preceitua sobre a ação penal, esta será de iniciativa do Ministério Público. Somente lei expressa pode estabelecer a legitimação extraordinária do ofendido ou de terceiro. Estes agem em nome próprio, mas a respeito do *jus puniendi*, cujo titular é sempre o Estado. No caso de ação penal privada subsidiária, a legitimação do ofendido é extraordinária e sucessiva, pois condicionada à inércia do Ministério Público como adiante se verá.

O vício de legitimidade leva à carência da ação, no sentido técnico processual, mas no processo penal é ele erigido em causa de nulidade absoluta (art. 564, II).

O Código de Processo Penal adotou o critério da legitimidade para classificar a ação penal.

Interesse. O termo "interesse" pode ser empregado em duas acepções: como sinônimo de pretensão, qualificando-se, então, como interesse substancial ou de direito material, e para definir a relação de necessidade existente entre um pedido e a atuação do Judiciário, chamando-se, neste caso, interesse processual.

O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão. Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?

Não se indaga, pois, ainda, se o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral. Basta que seja necessário, isto é, que o autor não possa obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. Faltarão o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do Judiciário. No processo penal, a necessidade é absolutamente presumida, porque não há pena sem o devido processo legal.

O interesse processual nasce diante da resistência que alguém oferece à satisfação da pretensão de outrem, porque este não pode fazer justiça pelas próprias mãos. Essa resistência pode ser formal, declarada, ou simplesmente resultante da inércia de alguém que

deixa de cumprir o que o outro acha que deveria. Há, ainda, interesse processual quando a lei exige expressamente a intervenção do Judiciário, como acontece no processo penal, em que, em virtude do princípio *nulla poena sine iudicio*, nenhuma sanção penal pode ser aplicada sem o devido processo legal, ainda que o acusado queira o contrário.

O interesse processual, portanto, decorre de uma relação de necessidade e de uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da violação do direito arguido na inicial.

É por isso que, no processo penal, faz parte do interesse processual a exigência de ter a ação penal justa causa, definida como o fundamento probatório razoável para sustentar a acusação. Sobre a justa causa remetemos às considerações feitas anteriormente, aditando que, sob o aspecto processual geral, a sua falta significa falta de interesse processual para a ação penal porque, no caso, não tem o requisito da necessidade e sequer da adequação ou utilidade, causando, em contrapartida, um constrangimento ilegal.

Possibilidade jurídica do pedido. A terceira condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido, consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado. No processo civil era clássico o exemplo do requerimento do divórcio antes da Emenda Constitucional n. 9 à Constituição de 1967, que o permitiu, e da Lei n. 6.515, que o

regulamentou. No processo penal, o melhor exemplo é o do pedido de pena de morte ou outra inexistente no sistema penal brasileiro.

O correto âmbito e conceito de possibilidade jurídica do pedido é bastante difícil e controvertido, conforme, aliás, reconhece Egas Moniz de Aragão[72]. Vários problemas aí se apresentam, entre os quais os seguintes:

a. Seria caso de falta de possibilidade jurídica do pedido a hipótese em que a lei exige que o autor cumpra certo requisito prévio ao exercício da ação e ele não o fez?

b. Para se saber se o pedido é juridicamente possível deve-se indagar, também, se o *fundamento* invocado é possível.

c. A conclusão de que um pedido é juridicamente impossível não significa um adiantamento indevido da análise do mérito?

Antes de enfrentar essas questões, é preciso esclarecer o significado da condição da ação agora tratada, em face das teorias sobre o direito de ação, que podem ser reunidas em dois grupos: as teorias concretistas da ação e as teorias da ação como direito abstrato.

As primeiras subordinam o direito de ação à existência de um direito para o autor, como, por exemplo, a posição de Chiovenda, para o qual a existência da ação depende de uma vontade da lei em favor do autor. As teorias da ação como direito abstrato procuram desvincular ao máximo o direito de ação do direito subjetivo invocado e da análise de o direito material ser favorável, ou não, bastando, para a existência da ação, que o pedido seja

juridicamente possível, independentemente do prognóstico de sua procedência.

Mas quando o pedido é juridicamente possível, admitindo-se o conhecimento do mérito, e quando é juridicamente impossível, devendo ser rejeitada desde logo a ação *sem* julgamento do mérito?

O problema é relevante porque ação penal em que o pedido é juridicamente impossível não pode ser instaurada, pois não tem justa causa, e se instaurada pode ser trancada por meio de *habeas corpus*.

A solução, ou pelo menos um caminho, para essas dificuldades parece que se encontra na razão da existência da condição da ação agora tratada. Sua finalidade prática está em que não é conveniente, sendo aliás abusivo, o desenvolvimento oneroso de uma ação penal quando desde logo se afigura inviável, em termos absolutos, o atendimento da pretensão porque a ordem jurídica não prevê providência igual à requerida, ou porque a ordem jurídica expressamente proíba ou impeça a manifestação judicial sobre a questão.

Tendo em vista esse objetivo prático, ditado por razões de ordem pública ou de política legislativa, nega-se por antecipação a atividade jurisdicional e, concomitantemente, a ação. Assim, em diversas hipóteses, expressamente, a ordem legal proíbe a manifestação judicial ou a considera incompatível com o sistema vigente.

Temos, então, um grupo de casos em que, por expressa ou clara disposição legal, está vedada a tutela jurisdicional, e neles se verifica que não há preocupação de se definir se a proibição decorre da

impossibilidade jurídica do pedido, propriamente, ou da causa de pedir, ou de ambos, ou, ainda, de circunstâncias especiais ligadas às pessoas envolvidas ou aos bens que a ordem jurídica deseja preservar. As situações são, portanto, heterogêneas, não se podendo abstrair da causa de pedir para o conceito de possibilidade jurídica do pedido[73].

Em outros casos, o pedido (aplicação de pena) é impossível porque a descrição do fato imputado não é típica e só é, em tese, possível a imposição de pena em virtude da prática de um fato típico. Veja-se que a situação é diferente daquela em que o fato descrito é típico, mas não tem nenhum fundamento para sustentar a sua existência ou a autoria. Neste caso a situação é de falta de interesse processual.

Resumindo, temos no processo penal três situações de pedido juridicamente impossível que deverão impor a rejeição da denúncia ou queixa, ou, se recebidas, ensejarão o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*: 1) o pedido é de uma sanção penal não prevista na ordem jurídica brasileira; 2) o pedido de condenação é fundado na descrição de um fato atípico, isto é, não descrito na lei como infração penal; e 3) o pedido é formulado quando há um fato impeditivo do exercício da ação ou quando falta alguma condição especial para a propositura. Nesta categoria estão as chamadas condições de procedibilidade.

Ainda um aspecto merece destaque nesse tema. A partir da Lei n. 9.605, de 1998, estabeleceu-se responsabilidade penal da pessoa jurídica em se

tratando de crimes ambientais (v. item 57). Mesmo diante da ausência de disposições processuais específicas, certo é que tem ela sido submetida ao processo penal (v. item 47). Daí surge à indagação: qual o instrumento jurídico adequado para o trancamento da ação penal injustamente desencadeada em face da pessoa jurídica?

Note-se que pessoa jurídica não se submete a penas que dizem respeito à liberdade de locomoção (art. 21 da Lei n. 9.605). Tendo o *habeas corpus* como escopo à proteção do constrangimento à liberdade física (v. item 85.7) e o mandado de segurança a tutela de outras liberdades públicas contra o dano irreparável do direito líquido e certo, conclui-se que o instrumento adequado para o trancamento da ação penal é o último[74].

No entanto, há quem sustente que a utilização do mandado de segurança, apesar de tecnicamente adequado, viola o princípio constitucional da igualdade em desfavor da pessoa jurídica[75]. Os argumentos apresentados que denotam a desvantagem são os seguintes: a) o procedimento do *habeas corpus* dispensa maiores formalidades, inclusive no que diz respeito à capacidade postulatória. Diferentemente do mandado de segurança, necessita de advogado constituído para

ser impetrado, devendo ser instruído com documentos além de respeitar os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil; b) denegada a ordem de *habeas corpus*, terá o impetrante a opção de interpor recurso ordinário ou impetrar outro *habeas corpus* substitutivo, com possibilidade de pleitear liminar. Ao revés, as decisões em mandado de segurança poderão ser reformadas via recurso ordinário, sem possibilidade de liminar; c) o mandado de segurança está sujeito ao prazo de 120 dias, sob pena de preclusão[76].

A jurisprudência tem-se inclinado para a admissibilidade do mandado de segurança[77]. Nos tribunais superiores, também essa é a posição do STJ, com vários precedentes[78]. De outra banda, o STF admitiu *habeas corpus* como instrumento adequado para o trancamento da ação penal no HC 92921-BA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19-8-2008, 1ª T.

20.3. Condições de procedibilidade

Condições de procedibilidade são fatos, naturais ou jurídicos, cuja existência é exigida pela lei para a propositura da ação penal. Assim, por exemplo, a representação do ofendido na ação penal pública condicionada, a requisição do Ministro da Justiça no caso de crime cometido no exterior por estrangeiro contra brasileiro (CP, art. 7º, §

3º, b). As condições de procedibilidade impedem a ação penal, tornando o pedido impossível[79]. Não são outras condições da ação, mas condições especiais subsumidas na possibilidade jurídica do pedido.

As condições de procedibilidade distinguem-se das condições de punibilidade. Estas referem-se ao mérito e extinguem a pretensão punitiva, ainda que posteriores ao início da ação penal, porque quebram a relação natural existente entre a prática de uma infração penal e a imposição da pena. Todavia, se o fato extintivo da punibilidade (CP, art. 107) ocorre antes da instauração da ação penal, ele se torna uma condição negativa de procedibilidade, de modo que a própria ação penal fica proibida. O entendimento desta situação é importante para a compreensão das duas figuras que nesse momento se confundem quanto às consequências. A condição de procedibilidade, positiva ou negativa, impede sempre e a qualquer tempo o exercício da ação penal, que não pode ser proposta ou admitida. As condições de punibilidade, também positivas ou negativas, podem aparecer após o exercício válido da ação penal, e, se reconhecidas, provocarão uma sentença de mérito, mas se essas causas surgirem anteriormente à ação também proíbem esta última devido à correlação necessária entre ação, processo penal e sanção penal. Assim, condições extintivas da punibilidade anteriores à ação penal tornam-se condições negativas de procedibilidade.

Em sentido contrário, porém, aparecendo a condição de procedibilidade pode haver ação penal, desde que ainda não extinta a

punibilidade.

A falta de condição de procedibilidade impede a ação, mas, em si mesma, não extingue a possibilidade dela quando ocorrer. Poderá, contudo, obstar a ação penal até que sobrevenha a causa extintiva da punibilidade.

Assim, por exemplo, é condição de procedibilidade a representação do ofendido para a ação penal nos crimes em que somente se procede mediante representação (ação pública condicionada). A representação poderá, porém, ser apresentada até que ocorra a decadência que extinguiria a punibilidade. No caso da requisição do Ministro da Justiça, pode ela ser apresentada até que ocorra a prescrição.

Se a ação penal for intentada sem a condição de procedibilidade, deverá ser rejeitada. Mas, enquanto não extinta a punibilidade, outra denúncia poderá ser oferecida. Já no caso de ocorrência de causa extintiva da punibilidade, a decisão de rejeição tem força de coisa julgada material, impedindo a renovação da ação.

A Lei de Falências em vigor, Lei n. 11.101/2005, expressamente, em seu art. 180 dispõe:

“Art. 180. A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais desta Lei”.

A Lei arvorou-se em doutrinador. Não quer dizer que pudesse fazê-lo, mas ainda que tenha optado por definir legalmente a figura como condição objetiva de punibilidade, não afasta as objeções à

adoção desse instituto tendo em vista os efeitos diferentes da causa antes e depois da sentença penal condenatória. Conclui-se, portanto, que formalmente, por força de lei, a sentença declaratória da falência e as demais referidas são condição objetiva de punibilidade, mas com as consequências de sua natureza essencial, qual seja, a de ser elemento do tipo.

É polêmica, na doutrina, a natureza jurídica da sentença declaratória de falência para os crimes falimentares: se condição de procedibilidade, de punibilidade ou elemento do tipo. A posição que melhor explica os efeitos jurídicos da rescisão da sentença declaratória da falência em face do crime falimentar é a terceira, já que a rescisão extingue *todos* os efeitos de eventual ação penal e mesmo de condenação transitada em julgado, como se a sentença não tivesse existido.

Se a sentença de falência fosse condição de procedibilidade, sua existência, ou não, seria relevante somente antes de oferecida a denúncia. O desaparecimento posterior seria irrelevante, como ocorre, por exemplo, com a vontade de o ofendido retratar-se da representação, impossível após o oferecimento da denúncia (CPP, art. 25).

Se fosse condição de punibilidade não ficaria explicado o desaparecimento total dos efeitos

inclusive da sentença penal condenatória transitada em julgado. A causa extintiva da punibilidade após o trânsito em julgado extingue a denominada pretensão executória, permanecendo, contudo, os efeitos secundários da condenação, como, por exemplo, a reincidência.

Melhor, portanto, considerar a sentença de falência como elemento do tipo penal falimentar, única forma de se explicar a extinção total dos efeitos do processo e da sentença. Se falta a sentença antes da denúncia, esta não pode ser oferecida porque é impossível ação penal sobre fato atípico. Se a sentença desaparece, em virtude de rescisão, durante a ação penal, esta será extinta porque o pedido tornou-se juridicamente impossível dada a atipicidade do fato. Finalmente, se a rescisão ocorre depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, esta desaparece como se nunca tivesse existido, porque ficou constatado, ainda que *a posteriori*, que o fato era atípico.

A objeção de que o crime falimentar existe em caso de recuperação judicial ou extrajudicial não parece válida porque, então, no caso o elemento do tipo é a decisão da recuperação (judicial ou extrajudicial) em substituição à de falência, permanecendo a mesma natureza.

21. CLASSIFICAÇÕES DA AÇÃO PENAL

Quanto à *natureza do provimento* pretendido, a ação penal pode ser declaratória, constitutiva e condenatória.

Será declaratória, positiva ou negativa, se o pedido limitar-se à definição de uma situação jurídica vinculada ao direito penal, eliminando a incerteza que possa existir sobre ela, como por exemplo um *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade de um fato em face da ameaça de em relação a ele instaurar-se procedimento penal.

Será constitutiva se a pretensão for a de alterar situações jurídicas, como, por exemplo, um *habeas corpus* para o trancamento de ação penal condenatória ou uma revisão criminal para desfazer sentença de condenação.

Será condenatória se o pedido for de aplicação de sanção, pena ou medida de segurança.

Há ações originalmente civis que, por questionarem decisões do processo penal, tornam-se penais porque seu reflexo será naquele processo, como, por exemplo, o mandado de segurança contra atos do juiz penal ou os embargos de terceiro contra a decisão que determinou o sequestro (CPP, art. 129).

Entendo não ser cabível, no processo penal, a distinção entre ações de conhecimento, execução e cautelares, porque a única existente é a de conhecimento. A execução penal não é ação, porque não há pedido de tutela jurisdicional específica. Trata-se de um procedimento complementar à sentença com incidentes próprios. A execução se realiza por força da própria sentença, que já tem

carga executiva. Executa-se por ordem do juiz, *per officium iudicis*, independentemente da instauração de nova relação processual. A situação assemelha-se à execução imprópria do processo civil, das chamadas sentenças de força.

Também inexistente ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o sequestro e outras, mas sem que se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou do processo de conhecimento. As providências cautelares são determinadas como incidentes do processo de conhecimento. Não se deve confundir, contudo, a função acautelatória de certas ações de conhecimento que são definitivas, como o *habeas corpus* preventivo. Essa finalidade acautelatória, de prevenir litígios, é uma das características ou aspectos da jurisdição, mas o pedido e conseqüentemente o provimento são definitivos.

Quanto ao *procedimento*, as ações penais podem ser comuns ou especiais. As primeiras subdividem-se em ações penais de procedimento comum de competência do juiz singular, de procedimento comum de competência do júri e de procedimento sumário. As especiais são ora do Código, ora de leis extravagantes.

Quanto à *legitimação para agir*, a ação penal pode ser pública ou privada. A doutrina, com razão, critica a terminologia "ação pública" e "ação privada", porque a ação penal é sempre pública em seu conteúdo, pois visa à atuação do *jus puniendi* do Estado, que é público. Pública ou privada é a iniciativa da ação. O correto, então, seria dizer: ação penal de iniciativa pública e ação penal de iniciativa

privada. A nova parte geral do Código Penal já corrigiu a terminologia (v. art. 100). Todavia, como o Código de Processo Penal ainda se refere a ação penal privada, as duas expressões poderão ser usadas indiferentemente.

A ação pública pode ser *incondicionada* ou condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. Previa o Código de Processo Penal a ação pública "de ofício", iniciada por flagrante ou por portaria da autoridade policial ou judicial. Esta figura, com o respectivo procedimento, desapareceu em virtude do art. 129 da Constituição de 1988, a qual atribuiu a exclusividade da iniciativa da ação pública ao Ministério Público.

A ação pública incondicionada, de iniciativa exclusiva do Ministério Público, é a genérica, para todas as infrações penais em que a lei nada disponha com relação à ação penal.

A ação pública, em casos expressos em lei, pode ser condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. Tanto a representação quanto a requisição apenas autorizam o Ministério Público a promover a ação penal, não o obrigando a tal, porque há outros elementos a serem apreciados pelo órgão acusador, inclusive a justa causa. Apesar do termo "requisição", não se trata de ordem ou determinação, mas de manifestação não vinculante de vontade para que se promova a ação penal.

A representação do ofendido deve, no máximo, ser apresentada em até seis meses contados da data do conhecimento de autoria da infração, sob pena de decadência. O mesmo prazo se aplica ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, no caso de morte do

ofendido. Quanto a essas pessoas, porém, ocorrerá a decadência com a consequente extinção da punibilidade quando se passarem os primeiros 6 meses, em relação ao que primeiro tomou conhecimento da autoria da infração. O prazo de decadência não comporta prorrogação ou dilação, de modo que seria incompatível com a natureza do instituto entender que cada um teria um prazo autônomo a partir do conhecimento individual. Se assim fosse, remanescendo, por exemplo, um irmão sem conhecimento da autoria, a decadência nunca ocorreria, ainda que todo o restante da família tivesse pleno conhecimento dos fatos.

Oferecida a representação, perante a autoridade policial, o Ministério Público ou o juiz, para formalizá-la, deverá reduzi-la a termo. Todavia, ainda que assim não se proceda, qualquer manifestação de vontade clara para que se promova a ação penal vale como representação. Assim, por exemplo, se o ofendido comparece à delegacia de polícia pedindo providências contra certa pessoa por determinado fato, ainda que a autoridade policial não tome esse pedido por termo de representação, valerá como tal.

O direito de representação pode ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração escrita ou oral. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Esse direito é concorrente, podendo, qualquer um deles, autorizar a ação penal.

A representação deverá conter todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria, procedendo-se, em seguida,

ao inquérito. Se, porém, contiver todos os elementos necessários para a ação penal, poderá o Ministério Público oferecer denúncia sem o desnecessário inquérito.

A representação será irretratável, depois de *oferecida* a denúncia. Na verdade não é que seja irretratável, mas que uma eventual retratação é inócua ou ineficaz em relação à ação penal. O ofendido pode, até, arrepender-se e manifestar a vontade de retratar-se. Esta vontade, contudo, não produz efeitos em relação à ação já proposta.

A ação penal de iniciativa privada pode ser exclusivamente privada, privada subsidiária e popular.

A ação é exclusivamente de iniciativa privada quando a lei expressamente consigna que “se procede mediante queixa” ou outra regra de igual conteúdo. A queixa é a petição inicial da ação penal privada, cujos elementos serão adiante apontados. A ação penal privada será subsidiária, se, nos crimes de ação pública, o Ministério Público não intentá-la no prazo legal (CPP, art. 29). A possibilidade da queixa subsidiária ocorre somente no caso de inércia do órgão do Ministério Público. Se este agiu, pedindo o arquivamento, não tem cabimento a ação subsidiária. Essa interpretação, pacificamente acolhida, do art. 29 do Código de Processo Penal continuará vigorando diante do texto da Constituição de 1988, que repetiu o preceito: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”[\[80\]](#). A ação penal privada subsidiária tem as características da ação penal pública, adiante comentadas. Oferecida a queixa subsidiária, o Ministério Público poderá aditá-la ou repudiá-la oferecendo denúncia substitutiva,

acompanhando, de qualquer maneira, todos os seus termos, podendo apresentar prova, recorrer, devendo assumir a ação como parte principal se houver negligência do querelante.

O direito de oferecer queixa subsidiária decai no prazo de 6 meses contados do dia em que se esgotar o prazo para o Ministério Público. Este é o único caso em que a decadência do direito de queixa não extingue a punibilidade, porque a ação pode, ainda, ser proposta pelo Ministério Público enquanto não ocorrer a prescrição.

Finalmente, a ação penal privada pode ser popular.

A ação penal popular propriamente dita, ou seja, a possibilidade de qualquer pessoa promover a ação penal foi repelida pelo texto da Constituição, em termos gerais, de modo que não é o caso de aprofundar a polêmica sobre sua conveniência. A doutrina, porém, citava dois casos de ação penal popular no direito brasileiro: a faculdade de qualquer cidadão oferecer denúncia perante a Câmara dos Deputados ou perante o Senado Federal por crime de responsabilidade de agentes políticos e a faculdade de qualquer credor, na falência, promover a ação penal por crime falimentar no caso de inércia do Ministério Público (parágrafo único do art. 184).

No primeiro caso, justifica-se a legitimação em virtude do julgamento político especial por órgão legislativo, como uma manifestação da cidadania.

No segundo, os credores podem, por extensão, ser reconhecidos como ofendidos ou prejudicados, não se caracterizando, portanto, a chamada "ação de qualquer do povo". A disciplina vigente adaptou a Lei Falimentar à Constituição (art. 5º, LIX), admitindo a ação penal

de iniciativa privada em caráter subsidiário somente no caso de inércia do Ministério Público e não como antes previsto e já entendido revogado pela Constituição de que poderia ocorrer a ação penal subsidiária ainda que o Ministério Público tivesse requerido o apensamento dos então existentes autos do inquérito judicial falimentar, o que equivalia ao pedido de arquivamento.

22. CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO PÚBLICA

A ação penal pública apresenta as seguintes características:

Necessidade. Existindo elementos probatórios razoáveis, o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia. O juízo de formação da *opinio delicti*, por parte do órgão do Ministério Público, é um juízo vinculado de legalidade e não de oportunidade ou conveniência. A relação entre a infração penal e a propositura da ação penal é uma relação de obrigatoriedade e não de eventualidade. Isto não quer dizer, porém, que o Ministério Público não tenha que examinar a existência de dados probatórios sobre os elementos da infração. Para oferecer denúncia é preciso que existam elementos probatórios sobre todos os aspectos da infração, sob pena de inexistir justa causa. No passado, entendia-se que haveria justa causa na simples imputação de fato típico. Hoje, contudo, reconhece-se que, para haver justa causa, exige-se um juízo de probabilidade da ocorrência da infração penal quanto a todos os seus elementos, inclusive a antijuridicidade e a culpabilidade. Para a instauração do inquérito bastou um juízo de possibilidade. Para a ação exige-se a probabilidade, porque a ação penal já é um

constrangimento que depende de base para submeter qualquer pessoa. Se estiver, por exemplo, cabalmente demonstrada a inexistência de dolo ou culpa, ou a ocorrência de excludente, não pode o promotor denunciar. Deve pedir o arquivamento. Na dúvida, porém, deve o promotor denunciar em virtude do princípio da necessidade e da defesa da sociedade. O art. 28 do Código de Processo Penal, já comentado quando se tratou do arquivamento do inquérito, é o mecanismo de controle da necessidade da ação pública.

Indisponibilidade. O Ministério Público não pode desistir da ação penal pública nem sobre ela transigir. Não poderá, também, renunciar ou desistir do recurso interposto. E mais, ainda que venha a opinar pela absolvição por ocasião das alegações finais, essa manifestação não é vinculante, podendo o juiz proferir sentença condenatória. A Constituição permite, no art. 98, a criação de juizados especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, nos quais será possível a transação. No mais, contudo, prevalece a indisponibilidade. Esta vigora inclusive quanto à prova, ou seja, não pode o Ministério Público desistir da prova se essa atitude puder comprometer o resultado do processo. Pode ele, somente, reconhecer que determinada prova, ainda que requerida, seja inútil ou impossível, como, por exemplo, uma testemunha que não foi localizada nem há qualquer possibilidade de sê-lo. Neste caso não haveria propriamente desistência, mas o simples reconhecimento de que a prova é impossível. Na prática usa-se o termo “desistência”, mas o que ocorre na verdade, como se disse, é

a admissão racional da inutilidade ou impossibilidade da prova. Parte da doutrina vê na transação da Lei n. 9.099/95 ou nos termos de ajustamento de conduta da Lei Ambiental e da Lei de Abuso do Poder Econômico uma atenuação do princípio da indisponibilidade, daí se dizer, com razão, que a indisponibilidade está mitigada nessas situações especiais.

Oficialidade. A oficialidade tem dois aspectos. Significa que a ação pública é de iniciativa de um órgão público, o Ministério Público, e, também, que ela se desenvolve por impulso oficial. As partes não precisam requerer a prática de atos processuais, que serão determinados de ofício pelo juiz. Recebida a denúncia, independentemente de pedido, o juiz designa interrogatório, mandando citar o réu etc.

Divisibilidade. No caso de ação pública, o processo pode sempre ser desmembrado, tendo em vista a conveniência da instrução criminal, sem que, com isso, haja qualquer interferência na situação penal de cada um dos agentes. É certo que o princípio da necessidade impõe sempre a ação penal contra todos os autores da infração, mas havendo denúncia contra um apenas não significa que haja renúncia contra o outro, ou que essa omissão possa interferir na situação penal do primeiro. Havendo omissão, enquanto não extinta a punibilidade, pode ser suprida pela adequada denúncia.

23. CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO PENAL EXCLUSIVAMENTE PRIVADA

Oportunidade. A deliberação sobre o oferecimento, ou não, da queixa é de exclusivo foro íntimo do ofendido. Não há qualquer mecanismo de controle, cabendo à vítima, de maneira autônoma e autárquica, decidir a respeito.

Disponibilidade. Significa que o querelante pode renunciar, desistir, quer da ação, quer do recurso. Não pode, porém, transigir, porque a transação envolveria o próprio *jus puniendi*, que não é seu, mas do Estado. Aliás o querelante é substituto processual do Estado, porque age em nome próprio sobre direito de terceiro. O querelante tem disponibilidade sobre a ação, não sobre o direito de punir. É certo que a disponibilidade sobre a ação pode levar à não punição, mas se o legislador deu ao crime a ação penal privada, optou conscientemente pela possibilidade de não punir, a critério da iniciativa do ofendido. Não há, porém, possibilidade de se transacionar sobre o conteúdo da punição.

Iniciativa de parte. Os atos processuais praticam-se a requerimento do querelante. As leis estaduais de organização judiciária podem exigir o pagamento de custas prévias para que os atos sejam praticados, bem como o preparo para o querelante recorrer. Se não o fizer, ocorrerá a preempção ou a deserção, conforme o caso.

Indivisibilidade. A ação penal contra um dos autores impõe a ação penal contra todos. O querelante não pode escolher um em detrimento da ação contra outro. A regra tem por finalidade evitar a vingança privada e, até, a extorsão dirigida contra um dos agentes. O não oferecimento de queixa contra um dos autores conhecidos

importa em renúncia tácita, que se estende a todos. Cabe ao Ministério Público velar pela indivisibilidade da ação penal privada. A medida de sua atuação será adiante tratada.

Em alguns casos poderá ocorrer a separação de processos: se algum dos agentes é desconhecido e sua identidade somente vem a ser conhecida posteriormente; se a situação prisional de um não permitir o mesmo ritmo procedimental em relação a outro que esteja solto e que, por exemplo, precisaria ser citado por edital; se, oferecido o perdão, algum dos querelados não aceita, contra ele somente prosseguindo a ação penal. Salvo esta última hipótese, a ação continua indivisível, porque a desistência ou a perempção ocorrida em um dos processos provoca o mesmo fenômeno nos demais.

Dessas características decorre que, em relação à ação penal exclusivamente privada, podem ocorrer a *decadência*, a *renúncia*, a *desistência*, a *perempção* e o *perdão*.

A decadência é a extinção do direito de queixa em virtude do decurso do prazo de 6 meses contados da data em que o ofendido tem conhecimento de quem seja o autor da infração, ou, no caso da ação penal privada subsidiária, da data em que termina o prazo do Ministério Público. A decadência do direito de queixa, no caso da ação penal exclusivamente privada, extingue a punibilidade.

A renúncia é a manifestação de vontade do ofendido de não promover a ação penal. Ela é incondicionada e não depende do consentimento do autor da infração. Havendo em relação a um, estende-se aos demais. A renúncia pode ser expressa ou tácita, que

ocorre se o ofendido, antes da propositura da queixa, pratica ato incompatível com a vontade de promovê-la, não se considerando renúncia tácita o recebimento pelo ofendido de indenização como reparação do dano (CP, art. 104, parágrafo único). A renúncia tácita pode ser provada por todos os meios de prova.

A desistência é a manifestação de vontade de não dar prosseguimento a uma ação já instaurada. O Código de Processo Penal não tratou expressamente da desistência, mas é ela admissível porque decorre do princípio da disponibilidade. O art. 36 refere a "desistência da instância" por parte dos sucessores do querelante. Há, ainda, uma referência à desistência no art. 522, para os crimes contra a honra, em que, tendo sucesso a reconciliação, assinando o querelante o termo de desistência, a queixa será arquivada. Mas a hipótese é admissível em qualquer caso de ação de iniciativa exclusivamente privada. Diferentemente do que ocorre no processo civil, no processo penal a desistência não depende do consentimento do querelado, o qual não tem o direito de exigir o prosseguimento da ação penal. Como a desistência vai levar à extinção da punibilidade, e esta é de ordem pública, o querelado não tem interesse na obtenção de sentença sobre o mérito, porque, no plano penal, a situação é a mesma. Seu interesse remanescente pode ser de natureza civil (o interesse moral tem essa natureza), que deve ser pleiteado, se for o caso, por ação própria perante o juízo cível. Cessada a possibilidade, em tese, da aplicação de sanção penal, o juiz penal perde sua jurisdição e não pode mais prosseguir no exame de questões remanescentes de interesse civil. Este só é relevante no

processo penal enquanto reflexo da sanção penal. A jurisdição penal, a despeito de comum, é de direito estrito, em face da jurisdição civil, que é a mais comum de todas. No processo penal a desistência extingue a punibilidade e impede a repetição do pedido.

A perempção, disciplinada no art. 60 do Código de Processo Penal, é a extinção da ação penal exclusivamente privada em virtude dos fatos ali relacionados, com a consequente extinção da punibilidade.

Nas diversas legislações há muitas espécies de perempção[81], em situações muito diferentes, de modo que o único traço comum a todas é o de que se trata de uma figura que provoca a extinção do direito de ação com a consequente extinção do processo, se já instaurado. Cabe à lei processual definir os casos em que ocorre esse fenômeno, tanto que são diferentes os casos de perempção do processo penal do caso previsto no processo civil.

Nos termos do art. 60 do Código de Processo Penal, ocorre a perempção se:

1) o querelante deixa de promover o andamento do processo por mais de 30 dias;

2) falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo para prosseguir, dentro de 60 dias, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Se mais de uma pessoa comparecer, terá preferência o cônjuge e, em seguida, o parente mais próximo na ordem acima, mas, se houver desistência ou abandono, o outro que compareceu pode prosseguir na ação. Esse prazo de 60 dias corre automaticamente da morte ou da

incapacidade, independentemente de intimação. Haverá perempção, também, se falecer o querelante e a ação for intransmissível, como acontece no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236, parágrafo único), porque nesse caso não haverá ninguém a quem caiba prosseguir na ação;

3) o querelante deixa de comparecer sem motivo justificado a qualquer ato do processo a que deva estar presente. A jurisprudência esclarece que somente ocorre a perempção pelo não comparecimento se a presença do querelante era necessária ao ato, de modo que cabe ao juiz aferir essa necessidade, ou não;

4) se o querelante deixa de formular o pedido de condenação nas alegações finais. Esse pedido não precisa utilizar palavras sacramentais, mas deve decorrer do conteúdo das alegações. Assim, se ao final dessa peça o querelante pede justiça, dando a entender que se fará justiça se a queixa for procedente, tal pedido vale como pedido de condenação. Se, diferentemente, o querelante se limita a relatar o processo e pede justiça, deixando a conclusão a critério do juiz, incide a perempção;

5) o querelante é pessoa jurídica e esta se extingue sem deixar sucessor. O mesmo ocorre se o querelante é pessoa natural e falece, também sem deixar sucessor, entendendo-se como sucessores, para fins de processo penal, as pessoas enumeradas no art. 31, ou seja, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

É de perempção, também, a hipótese do art. 107, VIII, do Código Penal, ou seja, extingue a punibilidade o casamento da vítima com terceiro nos crimes contra os costumes, se cometidos sem violência

real ou grave ameaça, se a ofendida não requerer o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração.

A perempção (art. 61), como as demais causas extintivas da punibilidade, é decretada de ofício pelo juiz e independentemente de intimação do querelante. Todavia, é de boa cautela que o juiz, especialmente no caso de abandono ou de não comparecimento do querelante, mande intimá-lo ou investigue a causa do abandono ou do não comparecimento antes de decretar a extinção, porque a decisão precipitada poderá deixar de considerar algum fato que caracterize justa causa, com a conseqüente possibilidade de recurso e reforma da decisão. O juiz poderá, também, no caso de pedido do réu, adotar o procedimento do parágrafo único do mesmo art. 61, ou seja, autuar o pedido em apenso e facultar a produção de prova.

Finalmente, nos crimes de ação penal exclusivamente privada, pode ocorrer o *perdão*, que é a manifestação de vontade de não se aplicar a pena, a despeito da ocorrência do fato. O perdão, exatamente porque envolve o reconhecimento do fato, para produzir a extinção da punibilidade, deve ser aceito, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais. Dado a um querelado, aos outros aproveita, mas não produzirá efeito contra aquele que recusar. É certo que, havendo recusa, o querelante poderá desistir da ação ou abandoná-la, provocando a perempção. Mas nesse caso o resultado é diferente, porque a extinção da punibilidade ocorrerá sem o reconhecimento do fato.

Na redação original do Código, se o querelante fosse menor de 21 anos e maior de 18, o perdão poderia ser concedido por ele ou por seu representante legal, mas, se houvesse discordância de um, o perdão dado pelo outro não produziria efeito. O mesmo valia para a aceitação do perdão se o querelado tivesse menos de 21 anos. Tais disposições encontram-se tacitamente derogadas pelo Código Civil de 2002 que instituiu a maioridade plena aos 18 anos, de modo que, após essa idade, a decisão do maior é autônoma e não há que se falar em representante legal.

Mantém-se, porém, a regra de que, se o querelado for mentalmente enfermo, a decisão de aceitação, ou não, do perdão será do representante legal. Se ele não tiver representante legal ou colidirem os interesses deste com os do querelado, o juiz nomeará curador especial para decidir.

A recusa ao perdão deve ser expressa, porque, concedido ele explicitamente nos autos, o silêncio do querelado depois de 3 dias de intimado importa em aceitação. O perdão pode, também, ser concedido e aceito extraprocessualmente, desde que em declaração assinada pelo ofendido ou querelado, conforme o caso, seu representante legal ou procurador com poderes especiais. Ainda, pode haver perdão tácito, se o ofendido pratica atos incompatíveis com a vontade de um decreto condenatório, admitindo-se, então, dilação probatória para sua demonstração.

Não se admite perdão depois de passada em julgado sentença condenatória (CP, art. 106, § 2º).

24. DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE QUEIXA

A ação penal privada se exerce mediante a apresentação da queixa, que é uma petição cujos elementos serão adiante analisados.

Sua apresentação pura e simples, contudo, não é suficiente. Deve ela, para ser recebida, estar acompanhada de elementos probatórios suficientes para sustentar a acusação, como o inquérito ou outras peças de informação. Se não estiver, o juiz não poderá recebê-la, por falta de justa causa. Neste caso, é comum o juiz recebê-la como representação, remetendo-a à polícia para a elaboração de inquérito policial. O querelante ou seu advogado, se menos acostumados com a prática forense penal, podem pensar que deram cumprimento ao ônus de promover a ação penal, o que, porém, não aconteceu, continuando a fluir o prazo de decadência. Se dentro de 6 meses do conhecimento do fato não se apresentar a queixa propriamente dita, ocorrerá a decadência, ainda que o querelante acredite ter exercido o direito de queixa no prazo.

Ao ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação penal privada, mediante o oferecimento da queixa.

Se o ofendido falecer ou for declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação já iniciada passa para o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Comparecendo mais de uma dessas pessoas, terá preferência o cônjuge e, em seguida, o parente mais próximo entre eles. Qualquer um, porém, terá o direito de prosseguir na ação se o querelante cônjuge ou parente abandoná-la.

Como já se disse, o direito de queixa, ressalvadas disposições legais especiais, extingue-se no prazo de 6 meses contados da data em que o ofendido tem conhecimento de quem é o autor da infração. Esse prazo não se interrompe e não se suspende, nem mesmo por fatos alheios à vontade do ofendido, como por exemplo a não conclusão do inquérito. Seis meses significa que o último dia do prazo será o dia de igual número do sexto mês seguinte ao do conhecimento da autoria. Se o dia do conhecimento foi 31 e o sexto mês somente tem 30 dias, o último dia do prazo será esse dia 30, que é o último do mês, como foi o 31. Em outros casos de prazo decadencial, a jurisprudência tem admitido o exercício do direito de ação no primeiro dia útil após o fim do prazo se não houve expediente forense no último dia propriamente dito, tornando impossível o protocolamento da petição. Essa orientação é adequada ao caso da decadência penal.

O Supremo Tribunal Federal, também, decidiu que não ocorre a decadência se a queixa-crime foi deduzida em tempo hábil, ainda que perante juízo incompetente (RHC 63.664-9-RS, *DJU*, 9-5-1986, p. 7627).

No caso de falecimento do ofendido, o prazo corre para o cônjuge ou parentes, mas, globalmente, ocorrendo a decadência quando passarem os primeiros 6 meses em relação a qualquer deles, pelos mesmos argumentos referidos quanto à decadência do direito de representação, a extinção da punibilidade não pode ficar

indefinidamente protraída até que, por exemplo, um último irmão venha a tomar conhecimento do fato e da autoria.

O art. 50, parágrafo único, do Código prevê situação de ofendido maior de 18 e menor de 21 anos, referindo-se ainda a representante legal. Tal norma, como todas as demais que regulavam esse período (pessoa entre 18 e 21 anos), foi tacitamente revogada pelo Código Civil de 2002 que atribuiu capacidade plena aos 18 anos, de modo que, a partir dessa idade, o ofendido é maior, o seu prazo decadencial escoa exclusivamente e sua eventual renúncia atua independentemente de interferência de qualquer outra pessoa.

Se o ofendido é menor de 18 anos ou mentalmente enfermo e não tem representante legal ou há colidência de interesses entre eles, o juiz nomeará curador especial para deliberar sobre a propositura, ou não, da ação penal. A nomeação é feita pelo próprio juiz penal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

A queixa, por ser manifestação do *jus postulandi*, deve ser subscrita por advogado, ao qual deve ser outorgada procuração com poderes especiais para fazê-lo, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo se essa circunstância depender de diligências a serem requeridas ao juízo penal. Não há necessidade de descrição do fato, mas somente da menção inequívoca a ele.

Se o ofendido for pobre, o juiz nomear-lhe-á advogado, considerando-se pobre aquele que não puder prover as despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família. A nomeação do advogado implicará,

também, a dispensa de outros ônus econômicos do processo, como, por exemplo, o pagamento de custas ou o preparo do recurso.

O art. 35 do Código de Processo Penal em sua redação original, hoje expressamente revogado pela Lei n. 9.520, de 27 de novembro de 1997, fazia depender o exercício do direito de queixa da mulher casada ao consentimento do marido, salvo se estivesse separada ou se a queixa fosse contra ele. Apesar de nosso juízo de que o dispositivo estava revogado pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, o entendimento dominante na jurisprudência era o de que a regra continuava em vigor. Todavia a Constituição de 1988, no art. 226, § 5º, preceituou que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” de modo que, desta vez, a discriminação foi definitivamente abolida. Se o marido não precisa do consentimento da mulher para exercer o direito de queixa, a mulher também não precisará do consentimento do marido.

As sociedades, associações ou fundações também podem exercer o direito de queixa. Deverão fazê-lo por intermédio daqueles que seus estatutos estabelecerem, ou, no caso de omissão, pelos seus diretores ou sócios-gerentes.

Oferecida a queixa, o querelante deve impulsionar o andamento da ação penal até o trânsito em julgado da sentença. Depois desse momento, mesmo que a sentença tenha sido condenatória, desaparece sua legitimação para agir ou mesmo para intervir. Na fase de execução, o ofendido não intervém de forma alguma.

25. DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA

O Ministério Público, como fiscal da lei, intervém em todos os termos da ação penal privada.

O art. 45 do Código prevê a possibilidade de o Ministério Público aditar a queixa, e o art. 48 dá-lhe a incumbência de velar pela indivisibilidade da ação penal privada.

É polêmico o entendimento sobre o âmbito dos poderes do Ministério Público nessa situação. Há quem entenda que o Ministério Público possa, até, incluir fato não previsto na queixa, ou mesmo incluir corrêu.

Nossa compreensão, contudo, é restritiva, fundada na ideia de que prevalecem sobre a pura fiscalização da lei as regras da oportunidade da ação privada e da legitimação para agir.

Não pode, em nosso entender, o Ministério Público aditar a queixa para incluir fato em relação ao qual somente se admite a iniciativa do ofendido porque estaria violando a regra de legitimação para agir, que é de ordem pública. O mesmo aconteceria se aditasse para incluir corrêu. Por outro lado, se o ofendido não arrolou fato na queixa quando poderia fazê-lo, renunciou tacitamente, e ninguém

poderá superar essa renúncia. O mesmo acontece se o querelante deixa de incluir corrêu. Há renúncia quanto a este, que se estende aos demais, devendo a queixa ser integralmente rejeitada.

Essa interpretação restritiva reduz, de fato, a atuação do Ministério Público na ação penal privada, mas parece a única consentânea com os princípios da disponibilidade e da oportunidade.

Se o legislador quisesse que o Ministério Público pudesse conduzir a ação penal pelo simples impulso inicial do ofendido, não teria dado à infração a ação penal privada, mas teria dado a ação pública condicionada à representação.

Assim, o Ministério Público não pode aditar a queixa para incluir fato sujeito à iniciativa do ofendido. Nem incluir corrêu. Poderá aditá-la somente para corrigir questões técnicas, como por exemplo a classificação do delito ou a indicação do procedimento adequado.

O Ministério Público velará pela indivisibilidade propondo que o querelante adite a queixa para a inclusão de corrêu, se ainda não ocorreu a decadência, sob pena de se considerar renúncia tácita que se estende a todos. Se o juiz, ainda assim, receber a queixa, faltando um querelado que deveria constar, o Ministério Público pode impetrar *habeas corpus* perante o tribunal para trancamento da ação penal em virtude da extinção da punibilidade.

Na mesma linha de pensamento, ou seja, em virtude da prevalência da disponibilidade, o Ministério Público não pode obstar desistência ou perempção, nem pode apelar de sentença absolutória de que o querelante não tenha apelado. Poderá apelar de sentença condenatória para aumentar a pena, porque essa função é de fiscal

da lei, e a quantidade da pena não se encontra na disponibilidade do ofendido.

Na ação penal privada o Ministério Público se manifesta depois do querelante e não depois das partes, como no processo civil. O querelado se manifesta em último lugar, como um direito decorrente da ampla defesa.

26. ELEMENTOS DA DENÚNCIA OU QUEIXA

a. Elementos da denúncia

A denúncia tem a forma de petição. Além da indicação do juiz a que é dirigida, contém duas partes.

A primeira, considerada essencial, deve conter a qualificação do denunciado ou esclarecimentos sobre sua identidade física e a descrição do fato criminoso em todas as suas circunstâncias.

Entenda-se por “circunstâncias” todos os dados fáticos necessários a indicação de determinada infração penal historicamente considerada. Há dois tipos de elementos fáticos (circunstâncias, na terminologia legal) que devem ser referidos: os elementares e os identificadores.

Os elementares são os dados de fato que correspondem aos elementos do tipo penal. A descrição dessas circunstâncias deve ser feita com dados fáticos da realidade, não bastando a repetição da descrição típica. Esta serve de modelo, que deve ser preenchido com os elementos do fato concreto. Assim, por exemplo, na denúncia por estelionato não basta referir que houve um meio fraudulento; há

necessidade de descrevê-lo. Não basta afirmar que houve prejuízo; deve ser indicado em que consistiu e sua quantificação.

No caso de coautoria ou participação, a denúncia deve apontar a conduta de cada coautor ou partícipe individualizadamente, a não ser que todos tenham participado igualmente da ação criminosa ou a conduta de todos tenha sido difusa ou multifária, como, por exemplo, num crime praticado por intermédio de sociedade em que não seja possível distinguir a atuação de cada um.

Inúmeras são as decisões sobre a proibição da denúncia genérica. Merecem destaque as seguintes:

“Ementa: *Habeas corpus*. Denúncia. Estado de direito. Direitos fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Requisitos do art. 41 do CPP não preenchidos. 1 - A técnica da denúncia (art. 41 do CPP) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Precedentes. 2 - Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. 3 - Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações

penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. 4 - Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal” (STF, HC 84.409-SP, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes).

“Ementa: 1. Ação penal. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal (*due process of law*). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal incorrente. Conhecimento da arguição em HC. Aplicação do art. 5º, incs. LIV e LV, da CF. Votos vencidos. A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão. 2. AÇÃO PENAL. Delitos contra o sistema financeiro nacional. Crimes ditos societários. Tipos previstos nos arts. 21, § único, e 22, *caput*, da Lei 7.492/86. Denúncia genérica. Peça que omite a descrição de comportamentos típicos e sua atribuição a autor individualizado, na qualidade de administrador de empresas. Inadmissibilidade.

Imputação às pessoas jurídicas. Caso de responsabilidade penal objetiva. Inépcia reconhecida. Processo anulado a partir da denúncia, inclusive. HC concedido para esse fim. Extensão da ordem ao corréu. Inteligência do art. 5º, incs. XLV e XLVI, da CF, dos arts. 13, 18, 20 e 26 do CP e 25 da Lei 7.492/86. Aplicação do art. 41 do CPP. Votos vencidos. No caso de crime contra o sistema financeiro nacional ou de outro dito 'crime societário', é inepta a denúncia genérica, que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado, na condição de diretor ou administrador de empresa" (STF, HC 83.301-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, 1ª T., j. 16-3-2004).

"Crime contra a ordem tributária (imputação). Omissão de informações e de operação realizada (caso). Denúncia (concurso de pessoas). Individualização das condutas (ausência). Arguição de inépcia (procedência). 1. Conforme as melhores lições, da denúncia – peça narrativa e demonstrativa – exigem-se informações precisas sobre quem praticou o fato (*quis*) e sobre os meios empregados (*quibus auxiliis*). 2. Tratando-se, como se trata, de crimes contra a ordem tributária, não há como admitir denúncia que dela não conste

descrição das diversas condutas atribuídas aos sócios da empresa. 3. Caso em que, por faltar descrição de elementos de convicção que a ampare, a denúncia não reúne, em torno de si, as exigências legais, estando, portanto, formalmente inepta. 4. Ordem de *habeas corpus* concedida” (STJ, HC 76.611-PE, Rel. Min. Nilson Naves, j. 6-3-2008).

A imputação do fato deve ser sempre afirmativa e positiva. A dúvida do promotor atuou no momento da formação da *opinio delicti*. Na denúncia a dúvida é impertinente.

A falta de descrição de uma elementar provoca a inépcia da denúncia, porque a defesa não pode defender-se de fato que não foi imputado. Denúncia inepta deve ser rejeitada e, se não o for, pode haver trancamento da ação penal por *habeas corpus* (v. item seguinte).

Sobre o meio hábil para o trancamento da ação penal desencadeada por denúncia inepta com referência à pessoa jurídica por prática de crime ambiental que não descreve adequadamente o fato, ou então atribui a pessoa jurídica conduta atípica, v. anotações ao item 20.3.

Desde que não haja incompatibilidade lógica, pode haver imputação alternativa ou subsidiária, a fim de que o acusado se defenda de mais de um fato, ainda que alternativa ou subsidiariamente.

As circunstâncias identificadoras são as demais circunstâncias de fato que individualizam a infração com relação a outras infrações da mesma natureza. São as circunstâncias de tempo e lugar. O defeito, ou a dúvida, quanto a circunstâncias individualizadoras, se não for de molde a tornar impossível a identificação da infração, não conduz à inépcia da denúncia, mas, ao contrário, facilita a defesa, porque pode dar azo à negativa da autoria mediante, por exemplo, a alegação de um álibi. A deficiência nas circunstâncias individualizadoras não pode, contudo, ser tão grande a ponto de impedir totalmente a identificação da infração.

A segunda parte da denúncia é técnica, devendo conter a indicação dos dispositivos da lei penal em que o acusado esteja incurso, o procedimento adequado, o pedido de condenação e o rol de testemunhas. A falta de ou defeito em um desses itens não inutiliza a denúncia, porque o acusado se defende de fatos e não de aspectos de técnica jurídica. É, portanto, cerebrina a discussão sobre se a denúncia deve, ou não, conter pedido de condenação. Como petição inicial deve conter, mas, se não contiver, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública torna a deficiência irrelevante.

O art. 569 do Código de Processo Penal admite que as omissões da denúncia ou da queixa sejam supridas até a sentença final. Essas omissões, todavia, não podem referir-se aos dados fáticos essenciais da denúncia. Podem referir-se a aspectos acidentais, como, por exemplo, a complementação de dados de qualificação do acusado, a retificação das especificações do objeto do crime, ou seja, sempre

aspectos acidentais. Pode, também, ser suprida a omissão do rol de testemunhas se se trata de fato cuja prova depende de prova oral, ou mesmo a falta de assinatura. Sobre a falta de assinatura do promotor, argumenta-se que, no caso, a denúncia seria inexistente. Essa afirmação, contudo, não é correta. Inexistência ocorreria se a denúncia não fosse elaborada por promotor. Se o foi, e esta questão é matéria de prova, a denúncia existe e seu defeito é de autenticação, que evidentemente pode ser suprido. A correção deve ser feita por petição do promotor em exercício no momento da correção, o qual deverá declarar assinada, autenticada e ratificada a peça inicial.

b. Elementos da queixa

A queixa é também uma petição, a exordial da ação penal privada.

Deverá conter os mesmos elementos da denúncia.

Como, todavia, ela não será acompanhada da cota introdutória, porque mesmo que tenha havido inquérito não será aberta vista ao ofendido, mas somente se aguardará a sua iniciativa, poderá conter o que naquela cota caberia, como, por exemplo, explicações sobre a qualificação do delito, requerimento de diligências etc.

São importantes, ainda, os requisitos da procuração, conforme descrito.

27. DO RECEBIMENTO E DA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA OU QUEIXA

Oferecida a denúncia ou queixa, o juiz deverá proferir despacho recebendo-a ou rejeitando-a.

Se receber não cabe recurso; se rejeitar, o recurso cabível é o recurso no sentido estrito (art. 581, I). A ilegalidade da propositura, contudo, pode ser verificada por meio de *habeas corpus* perante o tribunal.

O Código de Processo Penal atribuiu ao despacho de recebimento uma grande carga de efeitos. No plano do direito material, o recebimento da denúncia interrompe a prescrição. No plano processual, com o recebimento o juiz assume a coação resultante do processo, passando ele a ser a autoridade coatora. Na sistemática do Código, ademais, é somente com o recebimento da denúncia ou queixa que se instaura a ação penal. Por essa razão é que, antes do recebimento, o Código refere notificação do acusado, e não citação, como acontece no art. 514. Citação haverá somente depois do recebimento.

Todavia, a moderna ciência do direito processual não pode admitir que somente nesse momento se inicie a ação ou o processo penal, o que em nada prejudica a atribuição de efeitos específicos ao recebimento. No processo civil a maior carga de efeitos encontra-se na citação e nem por isso se diz que a ação aí se inicia.

A ação tem início quando é *oferecida*, apresentada em juízo, a denúncia ou queixa. A partir daí pode haver, inclusive, sentença de mérito ou com força equiparada, como acontece na decisão que rejeita a peça em virtude de estar extinta a punibilidade, ou que a rejeita porque manifestamente não existiu a infração, no

procedimento dos crimes de responsabilidade ou nos crimes contra a honra, entre outros. Ora, se nesse momento ainda não houvesse o exercício do direito de ação e o processo, seria impossível explicar a existência de sentença, com força de coisa julgada material inequivocamente reconhecida.

No plano teórico, portanto, com algumas consequências práticas, como a acima apontada, a ação se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa, observando-se, porém, que, na sistemática do Código, atribuiu-se ao recebimento esse momento.

A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

“I – for manifestamente inepta;

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal” (art. 395, modificado pela Lei n. 11.719, de 2008).

Ocorre a inépcia da denúncia ou queixa quando, entre outros casos, não descrever fato criminoso, não imputar fatos determinados ou da exposição não resultar logicamente a conclusão. A falta de pressuposto processual ou condições da ação consiste na ausência de um desses elementos necessários para a instauração da ação processual e formação e desenvolvimento válido do processo, como exposto nos capítulos próprios. A falta da justa causa e sua amplitude está exposta no capítulo referente ao inquérito policial e no referente aos *Habeas Corpus*.

Ressalte-se, ainda, que, mesmo a denúncia sendo formalmente perfeita, também não haverá justa

causa se o fato descrito não encontrar respaldo algum nos elementos colhidos durante a investigação, caso em que será materialmente inepta. Essas são as conclusões de Maria Thereza Rocha de Assis Moura que merecem ser transcritas: "(...) 2. A aferição da justa causa, ou seja, da justa razão ou da razão suficiente para a instauração da ação penal, não se faz apenas de maneira abstrata, vale dizer, em tese; mas, também e de maneira primordial, em hipótese, alicerçada na conjugação dos elementos que demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito. 2.1. A existência do fundamento de Direito para a acusação pressupõe que a ordem jurídica aceite a limitação à liberdade jurídica. 2.2. A existência do fundamento de fato pressupõe que a denúncia ou queixa guarde fidelidade para com o inquérito policial ou elementos de informação, relacionados com a existência material do fato, no caso concreto, típico e ilícito, indícios suficientes de autoria, e um mínimo de culpabilidade (...) "[82].

CAPÍTULO V

DA AÇÃO CIVIL

28. DA AÇÃO CIVIL: ESPÉCIES, OPORTUNIDADE

A prática da infração penal torna certo o dever de reparar o dano. A partir do fato nasce para o ofendido o direito de obter a reparação, porque todo ilícito penal é também ilícito civil.

Esse direito nasce *do fato* enquanto acontecimento da natureza, desde que esse fato tenha enquadramento na lei penal. O dever de indenizar não depende da punição ou da punibilidade, que ficam sujeitas a inúmeras vicissitudes, tais como a extinção da punibilidade, o desconhecimento da autoria de algum agente etc.

Daí a possibilidade de dois tipos de ação civil *ex delicto*: a ação de conhecimento, de natureza condenatória, e a execução da sentença penal condenatória transitada em julgado.

A ação civil de conhecimento pode ser proposta desde o fato e independe da instauração de procedimento penal. Poderá ser

proposta contra o agente ou contra o terceiro responsável, ou ambos, sempre no juízo cível, segundo as regras de competência comum do Código de Processo Civil. O juiz civil poderá suspender o processo uma vez intentada a ação penal, mas essa suspensão é facultativa e durará no máximo 1 ano, como resulta da combinação do parágrafo único do art. 64 do Código de Processo Penal com o art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil.

O advento de arquivamento do inquérito policial, de decisão que julga extinta a punibilidade, ou de sentença penal absolutória que reconheça que o fato imputado não constitui crime, não impede nem prejudica a ação civil de conhecimento. Igualmente a ação civil poderá ser proposta e julgada se a sentença penal absolutória não reconheceu categoricamente a inexistência material do fato.

Impede, porém, a ação civil, produz a sua extinção pela coisa julgada ou impedirá a sua execução a sentença absolutória que: 1) reconhecer categoricamente a inexistência material do fato; 2) reconhecer a legítima defesa real entre agente e vítima; 3) reconhecer a ocorrência de exercício regular de direito; 4) reconhecer situação de estrito cumprimento de dever legal. Neste último caso a exclusão de indenização se refere ao agente, mas não contra o Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Essas são as hipóteses em que a sentença penal absolutória faz coisa julgada no cível, excluindo a possibilidade de indenização. A sentença que reconhece ter sido o fato praticado em estado de necessidade também faz coisa julgada no cível, mas, nos termos do

Código Civil, a situação pode ser indenizável (CC, arts. 188, 929 e 930).

Se a sentença penal absolutória, num desses casos, sobrevém ao pagamento de eventual indenização, poderá servir de fundamento para ação de repetição do indébito.

Por outro lado, a sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo judicial (CPC, art. 584, II) e, depois de liquidada no juízo cível, ali será executada, salvo se já estiver liquidada pelo próprio juiz penal (arts. 63, parágrafo único, e 387, IV, do Código, com a redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008). A execução, contudo, somente será promovida contra o réu penal e nunca contra o responsável, porque este não foi parte no processo penal e, certamente, não pode ter contra ele título judicial sem o devido processo legal. A despeito de opiniões em contrário, que sustentam que a execução pode ser feita contra o terceiro responsável porque sua responsabilidade é automática, essa conclusão viola o princípio básico do direito de defesa e do contraditório, porque somente pode ter contra si título executivo judicial aquele que foi devidamente citado para a ação. Não é válido o argumento de que o terceiro teria a possibilidade de embargos. No caso de título judicial, os embargos têm âmbito limitado (v. art. 741 do CPC), e se esse âmbito fosse ampliado o título deixaria de ser judicial. Aliás, contra o terceiro a sentença penal condenatória não é título algum, porque ele não é devedor reconhecido como tal no título executivo, nos termos do art. 568 do Código de Processo Civil. Se o terceiro é executado com fundamento em sentença penal

condenatória proferida contra outrem, poderá embargar alegando falta de citação no processo de conhecimento (CPC, art. 741, I), e esses embargos deverão ser certamente procedentes.

A sentença penal condenatória será o fundamento da ação de conhecimento contra o terceiro, o qual, porém, terá o direito de defender-se, alegando, por exemplo, inexistência do vínculo fático atributivo do dever de indenizar. Poderá, ainda, a sentença penal condenatória, em princípio, ser o documento novo a que se refere o art. 485, VII, do Código de Processo Civil para fins de ação rescisória se a sentença anterior no processo de conhecimento civil foi de improcedência, desde que presentes os demais requisitos de rescisão.

Pode ocorrer que, promovida a execução da sentença penal condenatória transitada em julgado contra o réu, venha este a ser absolvido, venha a sentença a ser anulada ou venha a ser declarada extinta a punibilidade em revisão criminal. Neste caso a decisão revisional extingue o título, impedindo a execução ou tornando-a nula (*nulla executio sine titulo*). Se já houve pagamento, poderá haver repetição do indébito se o fundamento da absolvição foi um daqueles em que a coisa julgada penal torna a situação não indenizável no cível.

A ação de conhecimento ou de execução poderá ser proposta pelo próprio ofendido ou seu representante legal. Mas, se ele for pobre, a ação – qualquer das duas – poderá ser promovida pelo Ministério Público a seu requerimento. Trata-se de uma legitimação extraordinária concorrente, atuando, no caso, o Ministério Público

como substituto processual. Essa legitimação independe das vicissitudes do processo penal. Para a ação de conhecimento, nasce desde o fato se o ofendido o requerer, bastando que o fato, em tese, seja definido em lei como crime. Tendo em vista a instalação das Defensorias Públicas, o entendimento dominante é o de que, existindo aquelas, o Ministério Público não tem legitimidade para propor a ação em favor do ofendido, ainda que pobre.

CAPÍTULO VI

DA JURISDIÇÃO E DA COMPETÊNCIA

29. JURISDIÇÃO: CONCEITO, ATUAÇÃO, PRINCÍPIOS E LIMITES

Já se desenvolveu, de maneira genérica, o conceito de jurisdição, comparando-a com as demais atividades fundamentais do Estado, que são a atividade legislativa e a atividade administrativa.

Resumidamente, poder-se-ia deixar estabelecido que jurisdição é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide. Este conceito engloba a definição de Chiovenda e a de Carnelutti, que tantas vezes foram consideradas como antagônicas, mas que na verdade se completam.

A jurisdição é, em primeiro lugar, um poder, porque atua cogentemente como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito; é também uma função, porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica

posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida; e, ainda, é uma atividade, consistente numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título.

A jurisdição atua por meio dos juízes de direito e tribunais regularmente investidos, devendo ser reservada tal denominação para essa atividade específica, afastando-se, como de sinonímia imperfeita, o uso do termo jurisdição para significar "circunscrição" ou "atribuição administrativa", como quando inadequadamente se diz que a "saúde pública está sob a *jurisdição* do Ministério da Saúde". Jurisdição é atividade do juiz, quando aplica o direito, em processo regular, mediante a provocação de alguém que exerce o direito de ação.

Reiterando, também, o que já foi enunciado na parte de Teoria Geral, é oportuno lembrar que a jurisdição atua segundo alguns princípios fundamentais:

a. A inércia: a atividade jurisdicional se desenvolve quando provocada. É garantia da imparcialidade que o juiz não passe a atuar em favor de interesses materiais das partes, cabendo a cada pessoa que se considerar lesada recorrer a ele, que deverá, também, manter-se equidistante em relação àquele a quem se atribui a violação da norma jurídica.

b. A indeclinabilidade: o juiz não pode recusar-se a aplicar o direito, nem a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual.

c. A inevitabilidade ou cogência: a atividade dos órgãos jurisdicionais é incontrastável, isto é, não é possível a oposição juridicamente válida de qualquer instituto para impedir que a jurisdição alcance os seus objetivos e produza os seus efeitos.

d. A indelegabilidade: as atribuições do Judiciário somente podem ser exercidas, segundo a discriminação constitucional, pelos órgãos do respectivo poder, por meio de seus membros legalmente investidos, sendo proibida a abdicação dessas funções em favor de órgãos legislativos ou executivos. A jurisdição apresenta, também, uma indelegabilidade interna, isto é, cada órgão tem suas funções, devendo exercê-las segundo as normas de processo, na oportunidade correta, não se permitindo a atribuição de funções de um para outro órgão. Citam-se duas exceções à indelegabilidade: a carta precatória e a carta de ordem. Essas figuras, contudo, não são verdadeiras exceções, porque a delegação ocorre se um órgão atribui a outro competência que ele não tem. No caso das duas hipóteses, a autoridade que deprecia ou envia a carta de ordem não cria a competência do que executa, porque este já tem em sua competência genérica o poder de cumprir cartas precatórias ou de ordem.

e. A substitutividade: característica essencial da jurisdição, segundo a doutrina consagrada, porque o Estado, por uma atividade sua, substitui a atividade daqueles que estão em conflito na lide, os quais, aliás, estão proibidos de "fazer justiça com as próprias mãos", tentando satisfazer pessoalmente pretensão, ainda que legítima.

f. Finalmente, o poder, a função e a atividade jurisdicional têm o caráter de definitividade: ao se encerrar o desenvolvimento legal do processo, a manifestação do juiz torna-se imutável, não admitindo revisão por outro poder. Já as decisões administrativas são sempre passíveis de revisão pelo Judiciário quanto à sua legalidade.

A jurisdição, e, conseqüentemente, a justiça, é uma só, e ela é nacional, ou seja, é um dos poderes da Nação. A divisão em diversos órgãos, ou mesmo estruturas orgânicas especializadas, é meramente técnica e tem por fim dar a melhor solução às diferentes espécies de lides. Assim, costuma-se usar a denominação *Justiça* ou *Jurisdição comum* e *Justiças* ou *Jurisdições especiais*, mas a distinção entre elas é meramente de organização e de competência e não essencial, pela natureza.

A atuação da jurisdição, todavia, encontra algumas limitações, de ordem política e ordem técnica, que se podem enumerar:

- a.** os casos de atuação anômala de órgãos não jurisdicionais;
- b.** os casos de exclusão da jurisdição brasileira em virtude da imunidade diplomática;
- c.** os limites negativos de competência internacional.

A Constituição Federal prevê, como garantia do equilíbrio e harmonia dos poderes, que o Senado Federal tem jurisdição para o julgamento do Presidente da República, dos Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade. Nessas hipóteses, o julgamento é realizado por um órgão político, o Senado, estranho à estrutura do poder jurisdicional.

Aqui há atuação da jurisdição, mas por um órgão não judiciário (CF, art. 52, I e II).

Diferente é a situação dos agentes diplomáticos, que, principalmente, por força das Convenções sobre Funcionários Diplomáticos de Havana, de 1928, e sobre Relações Diplomáticas de Viena, de 1961, estão imunes, em caráter geral, da atuação da jurisdição brasileira. Tais pessoas não estão submetidas ao Judiciário nacional, não podendo, portanto, ser réus. Esse privilégio decorre do relacionamento internacional do Brasil e outros países, e é uma forma de respeito à soberania alheia, do mesmo modo que nossos agentes, também, no exterior, estão excluídos da jurisdição estrangeira. A eventual solução contrária, isto é, a submissão de agentes diplomáticos estrangeiros à jurisdição nacional poderia significar uma ofensa à soberania estrangeira, representada por seus agentes.

A questão da competência internacional será adiante tratada.

30. COMPETÊNCIA: CONCEITO E CRITÉRIOS DETERMINADORES, OBJETIVOS E FUNCIONAIS

Após referir grande número de equívocos terminológicos entre jurisdição e competência, conclui Couture que “a competência é o poder da jurisdição para uma determinada parte do setor jurídico: aquele especificamente destinado ao conhecimento de determinado órgão jurisdicional. Em tudo aquilo que não lhe foi atribuído, um juiz, ainda que continuando a ter jurisdição, é incompetente”[\[83\]](#).

A competência, portanto, é o poder de fazer atuar a jurisdição que tem um órgão jurisdicional diante de um caso concreto. Decorre esse poder de uma delimitação prévia, constitucional e legal, estabelecida segundo critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço.

A exigência dessa distribuição decorre da evidente impossibilidade de um juiz único decidir toda a massa de lides existente no universo e, também, da necessidade de que as lides sejam decididas pelo órgão jurisdicional adequado, mais apto a melhor resolvê-las.

Antes, porém, da distribuição interna das lides pelos diversos órgãos jurisdicionais, como seu pressuposto, surge a indagação prévia de o poder jurisdicional brasileiro, em geral, ser, ou não, competente para o exame da causa. Essa primeira indagação refere-se à chamada competência internacional.

Para a determinação da competência, as normas legais utilizam-se de critérios ora extraídos da lide, ora extraídos das funções que o juiz exerce no processo. No primeiro caso, diz-se que a competência é *objetiva*, porque se determina por algum aspecto da lide, que, segundo Carnelutti, é o objeto do processo. No segundo caso, diz-se que a competência é funcional.

Os critérios objetivos comumente usados pelas normas legais são:

- 1.** a natureza da infração em face do direito material, como por exemplo o júri para os crimes dolosos contra a vida;
- 2.** o domicílio do réu;
- 3.** a qualidade da vítima;
- 4.** o local em que se consumou a infração;

- 5.** o local em que se iniciou a conduta;
- 6.** a propriedade da arma, e diversos outros.

Esses elementos, ora isolados, ora combinados, apontam o juiz competente para a decisão de cada demanda. Como são eles estabelecidos previamente em lei, é possível, mesmo antes da propositura da ação, que se saiba qual o juízo que a decidirá, atendendo-se, pois, ao chamado princípio do “juiz natural”, isto é, aquele prévia e legalmente investido para a decisão de *todas* as causas que apresentam elementos iguais de fixação ou determinação da competência.

Por outro lado, as normas legais utilizam-se, por vezes, de aspectos relativos às funções exercidas pelo juiz no processo para estabelecer a competência, que se denomina, então, *competência funcional*. Três são as formas de competência funcional:

- 1.** competência funcional por graus de jurisdição;
- 2.** competência funcional por fases do processo; e
- 3.** competência funcional por objeto do juízo.

Determina-se a competência funcional por graus de jurisdição quando a lei, em razão da natureza do processo ou do procedimento, distribui as causas entre órgãos judiciários que são escalonados em graus. De regra, as ações penais devem ser propostas no primeiro grau de jurisdição (juízos de direito ou varas), cabendo, de suas decisões, recurso para um segundo grau, considerado hierarquicamente mais elevado porque colocado em posição de reexame dos atos do primeiro.

Às vezes, as normas legais atribuem competência diretamente a órgãos de segundo grau de jurisdição, como, por exemplo, os *habeas corpus* contra atos de determinadas autoridades. Nesses casos, há supressão do primeiro grau, sendo o tribunal competente em caráter originário. Assim, a competência dos tribunais se diz funcional, recursal ou originária, porque é determinada segundo o modo de ser do processo e não de circunstâncias da lide.

Fala-se em competência funcional por fases do processo, ou também pela relação com outro processo, quando a competência de um juiz se determina porque existe, ou existiu, um outro processo, ou porque, numa etapa do procedimento, atuou certo órgão jurisdicional que se torna competente para praticar outro ato previamente estabelecido.

Finalmente, a competência funcional pode determinar-se pelo objeto do juízo, isto é, pelo tipo de julgamento que deveria ser proferido. O fenômeno ocorre quando numa única decisão atuam dois órgãos jurisdicionais, cada um competente para certa parte do julgamento. No processo penal, o exemplo clássico é o da sentença do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem predominantemente sobre as questões de fato, respondendo os quesitos formulados sobre a materialidade do crime, a autoria, as circunstâncias excludentes da pena etc., e cabe ao juiz togado, Presidente, obedecendo à manifestação dos jurados, aplicar a pena, fixando-lhe o *quantum*. Situação análoga ocorre na declaração incidental de inconstitucionalidade, na qual a Câmara ou Turma do Tribunal em que é suscitado esse incidente é competente para a aplicação da lei

ao caso concreto, mas a declaração da inconstitucionalidade é de competência do Tribunal Pleno. O julgamento se desmembra; cada órgão decide uma parte do objeto da decisão, que, no final, é única. Outra hipótese de divisão de competência pelo objeto do juízo é a do reconhecimento de questão prejudicial que leve à suspensão do processo penal para se aguardar a sentença de juízo cível. Proferida esta e retomado o processo penal, o juiz criminal julgará a infração penal, mas parte de sua sentença será o que foi decidido pelo juiz civil, de modo que teremos numa mesma sentença, a penal, uma parte julgada por outro órgão jurisdicional, o juiz cível.

O legislador, desde o constitucional até o estadual, utiliza esses critérios, objetivos e funcionais, de maneira escalonada, ou seja, adotando um sistema de eliminação gradativa segundo a regra da especialidade. Aplicando um a um os critérios, objetivos ou funcionais, que ele entendeu relevantes, o legislador sucessivamente vai determinando a separação das infrações em grupos, até chegar à fixação de um juiz para um fato específico. O legislador estabelece grandes cortes que vão reduzindo as infrações a grupos menores até chegar ao juiz competente. Como se disse, o princípio é o da especialidade, de modo que as atribuições expressas preferem às mais gerais ou comuns, até que se alcance a jurisdição penal estadual, que é a mais comum de todas.

A conclusão a respeito do juiz competente, portanto, deve resultar da passagem por várias etapas, que são as seguintes:

- 1) verificação da competência internacional, ou seja, se o juiz brasileiro, genericamente, é competente para processar e julgar a

infração. O juiz brasileiro só é competente para as infrações em que ocorra a aplicação territorial e extraterritorial da lei penal, nos termos do Código Penal (arts. 5º a 7º);

2) exame da competência originária dos tribunais, desde que essa competência esteja definida na Constituição Federal. Neste caso, a determinação precede a qualquer outra. Se, contudo, a competência originária por prerrogativa de função é estabelecida em lei ordinária, as competências estabelecidas na Constituição têm precedência, como a competência das justiças especiais e a do júri;

3) verificação da competência das justiças especiais, que são a militar e a eleitoral, nos termos da Constituição, do Código Penal Militar e do Código Eleitoral, respectivamente;

4) exame da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109 da Constituição Federal;

5) definição da competência territorial ou de foro, segundo a disciplina do Código de Processo Penal;

6) definição da competência de juízo, do júri ou de juízos especializados segundo as leis de organização judiciária, que podem definir, inclusive, a competência de varas distritais ou foros regionais. Se no foro, ou comarca, houver mais de um juízo com a mesma competência, define-se esta pela distribuição.

Esse caminho, que às vezes resulta rápido em face da inexistência de aspectos especiais a serem considerados, contudo, é inevitável no plano lógico, passando sempre por todas as etapas. A infração que não receber a definição da competência em etapa anterior deverá passar pelo exame na fase seguinte.

Na determinação da competência, dois fatores podem alterar o caminho natural acima apontado, a conexão e a continência, que são fatos que modificam as regras genéricas de competência, desviando a sua fixação natural. A conexão e a continência não modificam a competência em concreto, porque atuam antes da determinação definitiva, modificando, apenas, a aplicação das regras gerais.

No processo penal o fato que altera a competência é o *desaforamento*, específico do procedimento do júri, e será estudado adiante de maneira mais completa. No caso de desaforamento, a competência, mesmo depois de definitivamente fixada, é deslocada para outra comarca. Desloca, também, a competência a oposição da exceção da verdade nos crimes contra a honra em que o querelante tem prerrogativa de função (CPP, art. 85). Conforme entendimento dominante, essa deslocação é parcial, ou seja, apenas da exceção.

Finalmente, no caso de as regras de competência serem insuficientes para a definição do juiz competente, o Código de Processo Penal utiliza o critério da prevenção, que atua como norma de encerramento (“norma de chiusura”, no dizer dos italianos), a fim de que sejam evitados vazios de competência porque nenhuma infração pode ficar sem juiz competente para julgá-la.

Esses critérios todos serão individualmente estudados em seguida.

31. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

O poder jurisdicional, como um dos poderes do Estado, manifestação de soberania, é pleno e completo, mas não exclui a possibilidade de autolimitação, tornando-se aplicável somente a determinadas causas. Seria, em tese, possível uma disposição legal ou constitucional que estabelecesse competência para a autoridade judiciária brasileira conhecer de todas as infrações penais ocorridas no universo.

Tal posição, contudo, além de ineficaz, seria, no dizer de Amílcar de Castro, “inútil ameaça ou vã exibição de força”[84].

Daí cada Estado, segundo critérios de viabilidade (efetividade) e conveniência, estabelecer quais infrações estarão sujeitas a seu poder jurisdicional, sendo esses critérios levados em consideração pelo legislador e não pelo juiz que já encontra a norma posta.

Não ocorre que a jurisdição mude de natureza, seja a causa exclusivamente composta de elementos nacionais ou estrangeiros ou de ambos, mas simplesmente que somente algumas interesse a nosso país julgar, em virtude dos critérios acima referidos, os quais se concretizam por meio da escolha, pela lei, de elementos ou pontos de conexão que, presentes, determinam a competência do Poder Judiciário nacional.

Em matéria penal, a competência internacional é definida pelas regras de territorialidade e extraterritorialidade constantes dos arts. 5º a 7º do Código Penal, onde se encontram por tradição do direito brasileiro.

Segundo a regra da territorialidade, é competente a autoridade judiciária brasileira para o processo e julgamento dos crimes

cometidos no território nacional, considerando-se como sua extensão as embarcações e aeronaves públicas ou que estejam a serviço do governo brasileiro, e mesmo as embarcações ou aeronaves privadas ou comerciais brasileiras desde que em espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. A mesma extensão se dá para as aeronaves ou embarcações privadas estrangeiras quando em mar territorial nacional ou espaço aéreo brasileiro.

Considera-se praticada num dos locais acima referidos, não só no caso de infração em que neles ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, mas também se num deles se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Com esse critério, adota o nosso sistema a chamada teoria da ubiquidade, que atribui competência ao Judiciário brasileiro para todas as infrações que, em qualquer das fases do *iter criminis*, tenham ocorrido no território nacional ou suas extensões. Esse critério é diferente do adotado para definir a competência territorial interna, que está pautada pelo local do resultado. Tal distinção se justifica porque interessa à ordem jurídica brasileira o julgamento das infrações que, ainda que parcialmente, tenham sido praticadas no Brasil, ao passo que, uma vez definida a competência internacional brasileira, entre as várias comarcas de competência possível, o legislador tinha de escolher um dos momentos da prática da infração e escolheu o do resultado, conforme adiante se verá.

Segundo as regras da extraterritorialidade, são da competência do Poder Judiciário brasileiro, embora cometidos no estrangeiro, os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal,

de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo poder público; c) contra a Administração Pública, por quem está a seu serviço; e d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil. Também, os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados; d) praticados por estrangeiro contra brasileiro.

Os parágrafos do art. 7º do Código Penal estabelecem condições de procedibilidade e de punibilidade para que se instaure o processo no Brasil, matéria que não é o caso de tratar aqui, já que a sede tradicional desse estudo são os compêndios de direito penal.

Pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, foi promulgado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, cujo texto já havia sido aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002. Com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, tem ele jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. Segundo o Estatuto, terá o Tribunal competência para julgar as pessoas pela

prática dos seguintes crimes: a) o crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) o crime de agressão.

32. COMPETÊNCIA INTERNA

32.1. Introdução

São cinco os níveis de indagação sobre a competência interna, uma vez definida a competência, *in genere*, de uma das autoridades judiciárias brasileiras: a competência originária dos tribunais, ou pela prerrogativa de função; a competência das justiças especiais; a competência da Justiça Federal; a competência de foro; e a competência de juízo. A fixação do juiz competente obedece a essa ordem lógica, salvo algumas exceções expressas na Constituição e adiante referidas, de modo que um critério anterior tem preferência sobre um critério seguinte. Isto quer dizer, por exemplo, que, se existe regra constitucional determinando a competência originária de algum tribunal, tal regra, por ser especial, prevalece sobre regras de competência de justiças especiais ou de foro.

Antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendia não se aplicar a ordem acima referida, porém, se a regra de competência originária *não* se encontrava na Constituição Federal, isto depois de fixar o entendimento de que a legislação constitucional poderia instituir casos de competência originária.

Assim, por exemplo, membro do Ministério Público, que não tinha na Constituição prerrogativa de função, em crime doloso contra a vida seria julgado pelo Tribunal do Júri e não pelo Tribunal de Justiça, porque sua prerrogativa estava no Código de Processo Penal e na Lei Orgânica do Ministério Público e não no texto constitucional. Já um juiz de direito seria julgado pelo Tribunal de Justiça, regra constitucional especial e prevalente sobre a competência comum do júri.

Com a Carta de 1988, porém, entendemos que toda a competência originária é de nível constitucional, prevalecendo sempre. Isto porque a Constituição delegou ora à lei, como no caso da Justiça Eleitoral, ora às Constituições estaduais, para os respectivos tribunais, poder para estabelecer competência, de modo que todas terão força e embasamento de norma constitucional.

Exemplificando, novamente, a ordem lógica aludida: primeiro deve indagar-se se a competência é da Justiça Federal para, depois, indagar-se sobre a competência de foro.

32.2. Originária dos tribunais, por prerrogativa de função ou hierárquica

As regras da competência originária dos tribunais, também denominada “pela prerrogativa de função”, estão na Constituição da

República, que revogou disposições incompatíveis do Código de Processo Penal, como os arts. 86 e 87, e deferiu à lei a fixação da competência da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar e às Constituições estaduais a definição da competência dos tribunais estaduais.

Em matéria penal, compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar: nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, *b*).

Nos crimes de responsabilidade a competência para julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República é do Senado Federal (CF, art. 52), que julga, também, os crimes de responsabilidade de Ministros de Estado, bem como os Comandantes das Forças Armadas quando conexos aos do Presidente da República. Por fim, compete ao Senado Federal o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, II).

Compete, ainda, ao Supremo o julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade não conexos com crime da mesma natureza do Presidente da República, de Ministro de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, dos membros dos Tribunais Superiores, dos do Tribunal de Contas da União e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente, se brasileiros. Se

estrangeiros, a imunidade diplomática pode excluir a aplicação da jurisdição brasileira (art. 102, I, c).

Nos termos, sempre, do art. 102 da Constituição, cabe ainda ao Supremo o julgamento dos *habeas corpus* quando o paciente for qualquer das pessoas acima referidas, ou quando o coator ou paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos, diretamente, à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (art. 102, I, d e l).

Compete, finalmente, ao mesmo tribunal a revisão criminal de seus julgados e os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, j e o). A ação direta de inconstitucionalidade poderá, também, referir-se a matéria penal, e a competência será do Supremo se se tratar de norma federal ou estadual (art. 102, I, a).

Compete ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105) processar e julgar originariamente: nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nos crimes comuns e de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas Municipais e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (art. 105, I, a). Também os *habeas corpus* quando o coator ou o paciente for

qualquer das pessoas acima referidas, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 105, I, c), e os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvada a competência do Supremo, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos, como, por exemplo, entre juiz federal e estadual, estadual e militar em Estado que tenha Tribunal Militar ou entre juízes de dois Estados diferentes (art. 105, I, d). Cabe-lhe, finalmente, o julgamento das revisões criminais de seus acórdãos (art. 105, I, e).

Compete aos Tribunais Regionais Federais (art. 108) o julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade dos juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e os do Trabalho, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Observe-se que, com ressalva da competência da Justiça Eleitoral que tem expressamente precedência, a competência originária dos Tribunais Regionais Federais prefere à da Justiça Federal, conforme acima exposto, de modo que mesmo em crime comum que naturalmente seria da competência da Justiça Estadual as pessoas referidas neste parágrafo serão julgadas pelo seu Tribunal Regional Federal. Cabe, finalmente, aos Tribunais Regionais Federais o julgamento das revisões criminais de suas decisões e das decisões dos juízes federais de primeiro grau, os *habeas corpus* quando a autoridade coatora for juiz federal e os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao mesmo Tribunal Regional.

A competência dos Tribunais Eleitorais será determinada por lei complementar (art. 121), valendo, enquanto não editada essa norma especial, o Código Eleitoral, que, respeitando o paralelismo de autoridades previstas nas competências acima referidas, deve combinar o critério do grau da autoridade com a matéria eleitoral. Observe-se, porém, que a Justiça Eleitoral julga, também, os crimes conexos.

À Justiça Militar compete o julgamento dos crimes militares definidos em lei, a qual pode dispor sobre competência originária dos Tribunais Militares, obedecido o paralelismo dos demais Tribunais Superiores e de segundo grau (art. 124).

No que concerne aos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal, estabelece o art. 96, III, da Constituição que compete aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, respectivamente, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral que obedecerá ao paralelismo já referido, ou seja, os Tribunais Regionais Eleitorais julgarão os crimes eleitorais de juízes e membros do Ministério Público, e o Tribunal Superior Eleitoral, as autoridades que, em crimes não eleitorais, seriam julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente, a Constituição Federal prevê a competência do Tribunal de Justiça para julgamento do prefeito (art. 29, X). Como o texto não distingue, deverá entender-se que o julgamento abrange os crimes comuns e os de responsabilidade, previstos no art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67.

Julgamento de crimes de responsabilidade não se confunde com julgamento de infrações político-administrativas, que continua de competência da Câmara Municipal e cuja sanção é a cassação do mandato.

Se o crime praticado pelo prefeito atingir bens, serviços e interesses da União, a competência será do Tribunal Regional Federal respectivo. Tratando-se de crimes eleitorais, a competência será do Tribunal Regional Eleitoral. Tudo conforme os termos da Súmula 702 do STF: "A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau".

Consigne-se que, após a extinção do mandato, o prefeito municipal continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 201, de 1967 (Súmula 703 do STF), apesar de não mais gozar de foro privilegiado.

32.3. Das justiças especiais

Em matéria penal são justiças especiais a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral. A Justiça do Trabalho também é especial, mas não tem jurisdição penal.

Sobre a Justiça do Trabalho e competência criminal, podem ser citadas as seguintes súmulas:

Súmula 62 do STJ: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na carteira de trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada".

Súmula 165 do STJ: "Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista".

A competência das justiças especiais foi doutrinariamente denominada "competência de jurisdição", para dar a ideia das grandes divisões da Justiça brasileira, mas a denominação é imprópria porque pode levar à confusão de conceitos, sendo preferível manter a terminologia "competência de justiças especiais". A distribuição das infrações para uma ou outra, ou para a comum, é questão de competência e não de jurisdição, que é nacional e uma só.

Compete à Justiça Eleitoral o julgamento dos crimes eleitorais e os conexos. Somente são crimes eleitorais os previstos no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65) e os que a lei, eventual e expressamente, defina como eleitorais. Todos eles referem-se a atentados ao processo eleitoral, que vai do alistamento do eleitor até à diplomação dos eleitos. Crime que não esteja no Código Eleitoral ou que não tenha a expressa definição legal como eleitoral, salvo o caso de conexão, jamais é de competência da Justiça Eleitoral. A

motivação política ou mesmo eleitoral não é suficiente para definir a competência da justiça especial de que estamos tratando. Assim, por exemplo, um homicídio, ainda que no período que antecede as eleições e ainda que por motivos político-eleitorais, será julgado pelo júri comum.

Quanto à Justiça Militar, a idéia é a mesma, ou seja, ela só julga os crimes definidos como tais, constantes do Código Penal Militar, que é o Decreto-Lei n. 1.001/69. Outros crimes, ainda que praticados por militar em atividade, não são jamais da competência da Justiça Militar, pois são da justiça comum. Como exemplos podem ser citados os crimes previstos na Lei n. 4.898/65, crimes de abuso de autoridade, que não têm paralelo no Código Penal Militar. São, portanto, sempre da justiça comum.

Antes de apontar os crimes de competência da Justiça Militar, porque além de estarem previstos na legislação especial é necessário que tenham sido praticados em determinadas circunstâncias, tendo em vista que há crimes igualmente definidos na legislação especial e na comum, cabe uma explicação de ordem estrutural que é importante para a elucidação do assunto.

Há dois tipos de órgãos jurisdicionais militares: os da Justiça Militar Federal, da Marinha, Exército e Aeronáutica, que julgam os crimes de seus membros ou ligados a essas corporações, e os da Justiça Militar estadual, que julgam os crimes dos policiais militares estaduais. Para os primeiros, existem as Auditorias e Conselhos de Justiça Militar, regionais, para cada uma das corporações, sendo a segunda instância o Superior Tribunal Militar. Para os segundos,

existem as Auditorias e Conselhos de Justiça, em primeiro grau, e o próprio Tribunal de Justiça, em segundo, ou Tribunal de Justiça Militar, nos Estados em que o efetivo da Polícia Militar seja superior a vinte mil integrantes (CF, art. 125, § 3º).

O Estado de São Paulo e mais três Estados têm Tribunal de Justiça Militar estadual. Os órgãos do Ministério Público que atuam perante eles, porém, pertencem, de forma unificada, ao Ministério Público do Estado.

Como se disse, compete à Justiça Militar o julgamento dos crimes militares definidos como tais no Código Penal Militar. Já teve ela competência para julgamento dos crimes contra a segurança nacional, contra a economia popular e, até, de assalto a bancos. A Constituição de 1988, todavia, foi restritiva, de modo que, também, a interpretação do Código Penal Militar deve ser estrita. A Justiça Militar, ao contrário da Eleitoral, *não* julga os conexos, que serão processados em separado perante a outra justiça competente.

Há três tipos de crimes militares em tempo de paz, segundo o art. 9º desse diploma:

I – os crimes exclusivamente militares, também chamados de crimes militares próprios ou propriamente militares, que são aqueles somente definidos no diploma especial, sem correspondência no estatuto penal comum, como, por exemplo, o crime de deserção. O julgamento desses crimes será sempre da Justiça Militar;

II – os crimes que, tendo igual definição na legislação penal comum, sejam praticados por militar em situação de atividade ou

assemelhado em uma das seguintes situações:

Militar em situação de atividade é o militar do corpo ativo, ou seja, do quadro da atividade, em contraposição ao militar reformado ou da reserva, não querendo dizer que esteja, no momento, em exercício. É uma qualidade funcional e não da prática do ato. Assemelhado é o servidor, efetivo, ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento. É equiparado, também, ao militar em situação de atividade, o militar da reserva ou reformado se empregado da administração militar.

- a) contra militar em situação de atividade ou assemelhado;
 - b) em lugar sujeito à administração militar, contra qualquer pessoa;
 - c) em serviço ou atuando em razão da função, comissão de natureza militar ou em formatura, em qualquer lugar e contra qualquer pessoa;
 - d) durante o período de manobras ou exercício, contra qualquer pessoa;
 - e) contra o patrimônio sob administração militar ou a ordem administrativa militar;
- III – os crimes praticados por qualquer pessoa contra as instituições militares, constantes do Código Penal Militar, se

praticados nas seguintes situações:

a) contra o patrimônio sob a administração militar ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar, contra militar em situação de atividade, assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Se, porém, esses crimes forem dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum (conforme alteração do art. 9º do Código Penal Militar introduzida pela Lei n. 9.299/96 e a nova redação do § 4º do art. 125 da CF, dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

Estão superadas, portanto, a Súmula 47 do STJ e a Súmula 199 do extinto TFR, que consideravam crime militar aquele praticado por policial, com a arma da corporação, ainda que não se encontrasse em serviço.

Sobre as questões de competência entre a Justiça Militar e a Comum, merecem destaque as seguintes Súmulas:

Súmula 6 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade".

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) previu os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor nos arts. 302 e 303, respectivamente.

Súmula 53 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais".

Aos crimes praticados por qualquer pessoa contra as instituições militares, constantes no Código Penal, não se aplica a Justiça Militar Estadual. Esta, nos termos do art. 125, § 4º, da CF, julga, apenas, policiais militares e bombeiros militares, de modo que não pode julgar civis.

Súmula 75 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por

crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal”.

V. art. 351 do Código Penal.

Súmula 78 do STJ: “Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa”.

Súmula 90 do STJ: “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e a comum pela prática do crime comum simultâneo àquele”.

Súmula 172 do STJ: “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

Os crimes de abuso de autoridade estão previstos nos arts. 3º e 4º da Lei n. 4.898/65, incluindo o militar no conceito de autoridade definido na Lei (art. 5º).

Súmula 192 do STJ: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual”.

Afora as súmulas mencionadas, algumas outras observações importantes:

- esses critérios de determinação de competência são de direito estrito, ou seja, não cabe ao intérprete ampliá-los ou restringi-los, nem indagar das razões que levaram o legislador a instituí-los;

- não cabe ao intérprete a combinação de critérios, bastando um deles para atribuir a competência;

- como já se disse, a Justiça Militar não julga crimes conexos. Se houver crime comum conexo com crime militar cada justiça julga, em separado, o de sua competência.

O art. 10 do Código Penal Militar define os crimes militares em tempo de guerra, que são sempre da competência da Justiça Militar.

32.4. Da Justiça Federal

A Justiça Federal é uma justiça comum, porque julga uma generalidade de infrações, e não infrações específicas como a Justiça Militar e a Eleitoral.

Todavia, os critérios de determinação de sua competência são, também, de direito estrito, porque guardam um certo grau de especialidade em relação à Justiça Estadual, que é a mais comum de todas, e têm, em relação a ela, precedência.

Nos termos do art. 109 da Constituição, compete à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes políticos e das infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as

contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Não há definição legal dos *crimes políticos* na legislação brasileira. Aliás, a referência a esse tipo de crimes é inadequada e, quiçá, odiosa. Certamente não se aplica aos crimes comuns, ainda que com motivação política. E menos ainda aos chamados crimes políticos puros, que a tradição constitucional brasileira sempre repeliu. Nos termos do art. 5º, LII, da Constituição, não se concederá extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. Ora, como punir alguém por fato dessa natureza? A expressão no texto constitucional foi, portanto, no mínimo, infeliz e espera-se que não seja regulamentada.

Sobre o julgamento das contravenções penais, a competência será da Justiça Estadual conforme estatui a Súmula 38 do STJ: "Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades".

No que diz respeito aos direitos indígenas, segundo explica Eugênio Pacelli de Oliveira, a competência será da Justiça Federal se o fato criminoso decorreu

de disputa sobre tais direitos. Assim, se a morte ocorrer em razão de disputa de direito de terras ocupadas pelos índios, p. ex., a competência será do Tribunal do Júri Federal. Igualmente se se tratar de genocídio, crime que o Brasil por tratado obrigou-se a reprimir[85]. Em não se tratando de tais hipóteses, a competência será da Justiça Estadual, de acordo com a Súmula 140 do STJ: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o crime em que o indígena figure como vítima”.

Em se tratando de desvio de verba pelo prefeito, de acordo com a Súmula 208 do STJ, será de competência da Justiça Federal se o desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal. Por outro lado, será de competência da Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada no patrimônio municipal (Súmula 209 do STJ).

São, também, da competência da mesma justiça: *a)* os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, e o resultado tenha ou deveria ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, como o caso de tráfico internacional de entorpecentes. Em se tratando de causas relativas a direitos humanos, havendo grave violação, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações

decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do processo ou inquérito, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal; *b*) os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados em lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, como por exemplo o de moeda falsa; *c*) os crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; *d*) os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro; *e*) os *habeas corpus* em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição (entenda-se, outra jurisdição especial).

É preciso pontuar que:

1. A Justiça Federal, por ser justiça comum, julga, também, os crimes conexos e é prevalente em relação a eles, ou seja, ocorrendo conexão, a Justiça Federal tem poder de atração, julgando todos.

V, a respeito, as seguintes súmulas:

Súmula 52 do antigo Tribunal Federal de Recursos:
"Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal".

Súmula 122 do STJ: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal".

2. Ressalvadas as contravenções, a Justiça Federal julga as infrações contra o patrimônio público de interesse nacional, como as florestas e os animais silvestres. Não as matas locais ou animais domésticos.

Em sessão do dia 8-11-2000, foi cancelada a Súmula 91 do STJ, editada em 21-10-1993, que afirmava ser de competência da Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes contra a fauna.

Referida súmula havia sido editada quando da vigência da antiga Lei n. 5.197/67, alterada pela Lei n. 7.653/88 (que transformou em crime as infrações no art. 27, antes contravencionais), cujo art. 1º afirmava ser de propriedade da União a fauna silvestre.

Em razão disso a jurisprudência consolidou-se no sentido de que, em se tratando de crime contra a fauna silvestre, a competência seria da Justiça Federal (v. os seguintes julgados precedentes da Súmula 91, todos do STJ: CC 3.608/SC, j. 3-12-1992; CC 3.369/SC, j. 15-10-1992; CC 3.373/SC, j.

17-9-1992; CC 1.597, j. 7-2-1991; CC 1.074/SP, j. 19-4-1990, e CC 200/MS, j. 6-6-1989). Lembre-se que à época das decisões citadas já se encontrava vigente o art. 23, VII, da CF, dispondo sobre a competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios em relação à proteção da fauna.

Com o advento da lei dos crimes ambientais (Lei n. 9.605/98), que não referiu de forma expressa à competência federal e sob o fundamento de que tanto a União como os Estados e os Municípios podem legislar sobre normas relativas à proteção ambiental (art. 23, VII), inclusive exercendo o poder de polícia fiscalizatório, o STJ mudou sua orientação.

Segundo o novo entendimento, ressalvada eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União, a competência para o processamento de tais crimes será da Justiça Estadual. Assim, competirá à Justiça Federal, p. ex., a ofensa de interesses específicos do IBAMA, e não simplesmente genéricos (REsp 592.932/TO), sendo certo que o simples fato de o IBAMA ser responsável pela administração de Área de Preservação Ambiental, não atrai, por si só, a competência federal (HC 38.649/SC).

3. Se um crime seria, em tese, da competência da Justiça Federal, mas ele é crime-meio que fica absorvido pelo crime-fim, da competência da Justiça Estadual, esta é que se aplica, inexistindo competência da Justiça Federal. É o que acontece, por exemplo, com uma falsificação de documento federal, exclusivamente feita para a prática de crime de estelionato. Sendo este da competência da Justiça Estadual, esta é que prevalece.

A esse respeito, conferir Súmula 107 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal".

No entanto, no RE 411.690, da 2ª T. do STF, de relatoria da Min. Ellen Gracie, j. em 17-8-2004, reconheceu-se a competência da Justiça Federal na falsificação de documentos federais do tipo Certidão de Dados da Receita Federal e Guia de Recolhimento do ITR – DARF, utilizados para obtenção de empréstimo rural junto a instituição financeira estadual[86].

Sobre o tema, conferir, ainda, as seguintes súmulas:

Súmula 62 do STJ: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na

Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada”.

Súmula 73 do STJ: “A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, de competência da Justiça Estadual”.

Súmula 104 do STJ: “Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino”.

4. Quanto à competência para julgamento dos crimes contra a organização do trabalho, aplica-se ela somente às infrações contra as instituições do trabalho e não em detrimento de direitos individuais do trabalho, que são da competência da Justiça Estadual.

A Constituição Federal de 1967, no seu art. 125, VI, atribuía competência à Justiça Federal para processar os crimes contra a organização do trabalho e também os decorrentes de greve (da então vigente Lei n. 4.330/64, art. 29, hoje revogada pela Lei n. 7.783/89), última hipótese não prevista no atual texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão do Tribunal Pleno do dia 30-8-1979, ao interpretar referido dispositivo, assentou critério de que são de competência da Justiça Federal “apenas os crimes

que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores” (RE 90.042/SP, Rel. Min. Moreira Alves, m.v.).

Com o mesmo entendimento, o extinto Tribunal Federal de Recursos acabou editando a Súmula 115: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, quando tenham por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente”[\[87\]](#).

A razão dessa postura, até então acolhida pela doutrina e jurisprudência, é que a expressão terminológica constitucional “crimes contra a organização do trabalho” não coincide com o sentido daquela empregada no Título IV do Código Penal, em que estão contidos os crimes dos arts. 197 a 207.

No entanto, segundo decisões recentes do Supremo Tribunal Federal sobre o trabalho escravo, nota-se uma ampliação dos critérios até então seguidos, definindo como competência da justiça federal condutas que violem não só o sistema de órgãos e instituições que tutelam os direitos e deveres dos

trabalhadores, coletivamente considerados, como também o homem trabalhador.

Esses foram os fundamentos da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 398.041-PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, em 30-11-2006. Embora ainda pendente de publicação, o Informativo n. 450 do mesmo Tribunal noticiou o julgado da seguinte forma: *“Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário para anular acórdão do TRF da 1ª Região, fixando a competência da justiça federal para processar e julgar crime de redução a condição análoga à de escravo (CP, art. 149) – v. Informativo 378. Entendeu-se que quaisquer condutas que violem não só o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também o homem trabalhador, atingindo-o nas esferas em que a Constituição lhe confere proteção máxima, enquadram-se na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto de relações de trabalho. Concluiu-se que, nesse contexto, o qual sofre influxo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, informador de todo o sistema jurídico-constitucional, a prática do crime*

em questão caracteriza-se como crime contra a organização do trabalho, de competência da justiça federal (art. 109, VI) (...)". No mesmo sentido, v. RE n. 499.143/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2.3.2007, utilizando expressamente como fundamento de sua decisão o entendimento noticiado no Informativo n. 450.

Por fim, v., também, a Súmula 165 do STJ: "Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista".

5. Em se tratando de norma de direito estrito, a competência da Justiça Federal não se estende a crimes praticados contra sociedades de economia mista, como, por exemplo, o Banco do Brasil, já que o texto constitucional menciona, apenas, as entidades autárquicas e as empresas públicas.

Nesse sentido, v. a Súmula 42 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento".

É necessário, pois, conhecer a natureza jurídica da entidade, a qual deve ser buscada na lei instituidora vigente, segundo os critérios do Decreto-Lei n. 200/67. Tem havido, na atualidade, certa hesitação quanto às fundações instituídas ou mantidas pela União. A

tendência atual do Supremo Tribunal Federal, porém, é de equipará-las a entidades autárquicas, desde que obedçam aos critérios da mais recente modificação do Decreto-Lei n. 200/67, que criou a figura da fundação pública, em consonância, aliás, com o novo texto constitucional, que, pelo menos quanto aos aspectos de servidores públicos, equiparou-as às autarquias.

6. A Súmula 147 do Superior Tribunal de Justiça, assim como já dispunha a Súmula 98 do antigo Tribunal Federal de Recursos, considera da competência da Justiça Federal os crimes praticados contra servidor público federal, no exercício de suas funções com estas relacionados. Em se tratando de homicídio, adota-se o procedimento do júri, organizado, nos termos do Código de Processo Penal, perante a Justiça Federal. O mesmo ocorre para crime da mesma natureza cometido a bordo de navio ou aeronave.

7. No caso de crime que, originariamente, seria da competência da Justiça Federal, se, na comarca em que foi cometido, não há Vara Federal, a competência pode ser atribuída, pela lei, à Justiça Estadual em primeiro grau, com os recursos para o Tribunal Federal de segundo grau.

É o que acontecia com o crime de tráfico de drogas diante da previsão expressa do art. 27 da revogada Lei n. 6.368/76. Diante do art. 70 da Lei n. 11.343, de 2006, inexistente vara federal no município em que o crime transnacional foi praticado, o processo e o julgamento serão na vara federal da circunscrição respectiva.

8. O crime praticado a bordo de aeronave é de competência da Justiça Federal, independentemente de ela se encontrar em ar ou em terra, e de quem seja o sujeito passivo do delito.

32.5. De foro ou de comarca

O foro geral ou comum, para o julgamento de todas as infrações em que não exista alguma situação especial adiante apontada, é o do local em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, o do lugar em que foi praticado o último ato de execução.

A escolha do lugar do resultado foi feita pelo legislador por duas razões principais. Uma de ordem funcional, porque é no local do resultado que, nos crimes materiais, permanecem os vestígios, facilitando a colheita das provas; e uma de ordem social, porque é no local do resultado que ocorre, predominantemente, o *strepitus delicti* e o desequilíbrio social decorrente da infração, devendo, aí, dar-se a reação social consistente na repressão penal.

O conceito de consumação é tecnicamente definido pelo direito penal, entendendo-se que está consumado o delito quando se reúnem todos os elementos de sua definição legal (CP, art. 14, I).

Nos crimes materiais, consuma-se a infração no momento e no local em que ocorre o resultado. Nos crimes formais e nos de mera conduta consuma-se no local onde se desenvolve a ação, ou melhor, onde é praticado o último ato que completa a definição legal.

Sobre o crime definido no art. 304 do CP, que é formal, dispõe a Súmula 200 do STJ: "O Juízo Federal competente para processar e julgar

acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou”.

Certas situações, porém, dependem de alguma adaptação do conceito rígido de consumação do direito penal, porque, se este se preocupa com a concepção teórica do crime, o direito processual exige que os conceitos sejam traduzidos em soluções práticas.

Assim, por exemplo, dizem os tratadistas de direito penal que o crime de contrabando (CP, art. 334) consuma-se com a entrada ou saída da mercadoria proibida do território nacional e o crime de descaminho, no momento em que a mercadoria é liberada sem o pagamento de impostos ou tributos devidos[88]. Não obstante, por questões de ordem prática, para esses crimes considera-se competente o juízo da apreensão dos bens.

V. Súmula 151 do STJ: “A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens”.

Ainda de acordo com os doutrinadores penais, o crime de apropriação indébita se consuma quando o agente transforma sua posse ou detenção em domínio. Ora, esse momento, em grande número de casos, é definido subjetivamente, de modo que seria impossível saber quando ocorreu. O processo, contudo, não pode ficar sem esse dado, adaptando-se o conceito para se dizer que a apropriação indébita se consuma no local em que foi praticado um ato que exterioriza a decisão do possuidor ou detentor de se

transformar em proprietário, desprezando-se a indagação do real momento subjetivo da mudança. É por isso que se entende que se consuma a apropriação do cobrador no local em que ele deve prestar contas, porque é no momento em que ele deixa de fazê-lo que se exterioriza a alteração do *animus*, a não ser que outro ato exterior tivesse revelado tal fato inequivocamente.

Essa regra vale para todas as infrações em que a consumação depende da ocorrência de um elemento psicológico.

Outra situação, mais importante, merece observação.

Em certos casos, o agente esgota sua conduta para alcançar o resultado, e este ocorre parcialmente, mas o resultado final é afastado artificialmente do local primitivo. A hipótese clássica é a da remoção da vítima mortalmente ferida do lugar em que sofreu os ferimentos para outro distante, onde vem a falecer. Na atualidade, na era do jato, tal comarca pode estar a milhares de quilômetros de distância.

Sob o aspecto técnico penal, consumou-se o homicídio no local em que ocorreu a morte, mas esse lugar artificialmente escolhido, desvinculado do desencadeamento natural dos fatos, não atende a nenhum dos dois fundamentos da escolha do lugar do resultado como definidor da competência: nem as provas serão mais bem colhidas nem se faz atuar adequadamente a prevenção geral decorrente da punição do delito. Por outro lado, pelo menos em tese, poderia haver, por parte de alguém, a escolha do foro competente, levando a vítima agonizante para esta ou aquela comarca, violando o princípio do juiz natural. Há, ainda, um aspecto

prático: no maior centro urbano, local do hospital regional, poderiam concentrar-se todos os processos da região porque para ele convergiriam as vítimas mortalmente feridas.

Tudo isso levou ao entendimento de que, para fins de processo penal, dá-se como consumado o delito no local em que se esgotou a atividade criminosa do agente, atingindo, ainda que parcialmente, o bem jurídico tutelado pela descrição típica.

De forma alguma se sustenta que a competência se define pelo local da conduta. Não; no caso, por exemplo, da carta-bomba o local da infração é o lugar em que atinge a vítima e não em que foi montada e enviada. Sustenta-se que o afastamento artificial do resultado final é irrelevante para alterar a competência, já definida no momento em que foi atingido, pelo menos em parte, o bem jurídico sob tutela.

Por essa razão, a jurisprudência considera, no caso de homicídio, competente a comarca em que foi atingida a vítima e não em que ocorreu a morte, às vezes dias ou semanas depois. No caso de aborto, é competente o local em que foram praticadas as manobras abortivas, desde que aptas, e não o local da expulsão do feto; no caso de extorsão mediante sequestro seguida de morte, é o local onde ocorreu o sequestro e não onde ocorreu a morte.

De forma idêntica, de maneira geral, o resultado meramente qualificador também não define a competência, porque se trata de exaurimento e não de consumação do delito.

Algumas situações, ainda, merecem explicação. Em se tratando de estelionato, em sua figura fundamental, é competente o foro do

lugar em que ocorreu o prejuízo e não o do lugar das manobras fraudulentas. Se se trata de delito de emissão de cheque sem fundos (CP, art. 171, § 2º, VI), a competência é a do local do banco sacado, porque, em se tratando de delito material, é nesse lugar, com a devolução do cheque, que se consuma o prejuízo. Se, todavia, se trata de cheque roubado ou cheque de conta encerrada, consuma-se a infração no local em que houve a troca do cheque pela vantagem, momento em que o prejuízo já se consumou, dada a impossibilidade de cobertura do cheque até a apresentação.

V. as seguintes súmulas:

Súmula 521 do STF: "O foro competente para o processo e o julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade de emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado".

Súmula 244 do STJ: "Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos".

Súmula 48 do STJ: "Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque".

Se o crime é da competência da Justiça Federal, a circunscrição de cada vara federal abrange todas as infrações praticadas nas

comarcas estaduais a ela pertencentes. Há vara federal em todas as capitais estaduais e em alguns outros grandes centros urbanos.

Como já explicado no tópico anterior, não se olvide, porém, a possibilidade referida no item relativo à Justiça Federal de que a lei atribua ao primeiro grau estadual a competência para determinados crimes praticados em comarcas em que não haja vara federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal, como já aconteceu com o delito de tráfico de entorpecentes com o exterior (art. 27 da revogada Lei n. 6.368/76).

De regra, como se disse, define-se a competência pelo local da consumação, ou, no caso de tentativa, pelo local do último ato de execução.

Há, contudo, algumas situações especiais ligadas à territorialidade ou extraterritorialidade da jurisdição brasileira.

Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumir fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução. Iniciada a execução em qualquer lugar, quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou deveria produzir seu resultado, desde que em território nacional.

No processo por crimes praticados fora do território nacional (sem nenhum dos elementos acima), será competente o foro da capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca

tiver residido no Brasil, será competente o juízo da capital da República. Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas territoriais, ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como a bordo de embarcações nacionais, em alto-mar, serão processados e julgados pela justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime, ou, quando se afastar do Brasil, pela do último em que houver tocado.

E, ainda, os crimes praticados a bordo de aeronave nacional, dentro do espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, ou ao alto-mar, ou a bordo de aeronave estrangeira, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados e julgados pela justiça da comarca em cujo território se verificar o pouso após o crime, ou pela comarca de onde houver partido a aeronave (CPP, art. 70, §§ 1º e 2º, e arts. 88 a 90).

Essas regras não são de competência internacional. São regras de competência interna, pressupondo a aplicação territorial da lei brasileira segundo o critério da ubiquidade, ou a extraterritorialidade, conforme as disposições do Código Penal.

Se as divisas de duas comarcas são incertas ou incerto é o lugar da infração porque foi cometida nas divisas de duas ou mais comarcas, a competência é de cada uma delas, fixando-se pela prevenção que logo adiante será estudada.

O art. 71 do Código Penal adota o mesmo critério para definir a competência no caso de infrações continuadas ou permanentes praticadas no território de mais de um foro, ou seja, define-se pela prevenção. Idêntica solução adotar-se-á se se tratar de infração

habitual cujos atos isolados sejam praticados em mais de uma circunscrição territorial.

Pode ocorrer, por outro lado, que seja desconhecido o lugar da infração. Neste caso a competência territorial regula-se pelo domicílio ou residência do réu. Se o réu tiver mais de uma residência, a competência firmar-se-á pela prevenção, e, se não tiver residência certa ou for ignorado seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato.

Finalmente, o art. 73 do Código de Processo Penal prevê a hipótese de um foro alternativo ou facultativo, aliás a única. Nos casos de ação exclusivamente privada, o querelante poderá preferir o foro do domicílio ou residência do réu, ainda que conhecido o lugar da infração.

32.6. De juízo

Em todo foro, há, pelo menos, dois juízos: o do juiz singular e o do júri.

Este é competente para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Consideram-se como tais os crimes definidos no capítulo próprio do Código Penal, quais sejam: homicídio, infanticídio, instigação ou auxílio ao suicídio e aborto. Outras infrações que contenham morte em sua definição legal, como, por exemplo, o latrocínio e os crimes qualificados pelo resultado, por não serem definidos pela lei como crimes dolosos contra a vida, não são da competência do júri. Não importa se a morte, nesses casos, deva ser atribuída a título de dolo ou a título de culpa; não estando no capítulo próprio não são da competência do juiz singular.

É o caso, p. ex., do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), conforme a Súmula 603 do STF: “A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri”.

O júri, por ser prevalente, atrai o julgamento dos crimes conexos.

Além da competência do júri, as leis de organização judiciária é que definem eventuais varas especializadas. Pelo Brasil, há varas especializadas para os crimes da Lei de Drogas, crimes culposos de trânsito, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e os crimes de “lavagem” etc. Em São Paulo, para citar um exemplo, já houve vara especializada para contravenções penais.

Atualmente há grande polêmica no que diz respeito à vara competente para julgamento dos crimes falimentares e conexos. Em São Paulo, de acordo com o art. 15 da Lei Estadual n. 3.947/83, reafirmado pela Resolução n. 200/2005 do Tribunal de Justiça, a competência é do juízo universal da falência, sendo, portanto, as Varas Cíveis competentes.

Ocorre que a Lei n. 11.101/2005 (Lei de falências e recuperação de empresas), no seu art. 183, além de definir competência territorial, atribui competência ao juízo criminal para os denominados crimes falimentares, previstos na lei.

Sobre a vigência do novo dispositivo ao atribuir competência de juízo (juízo criminal), pelo menos três posições são mencionadas pela doutrina, em síntese[89]: 1) o art. 183 está eivado de inconstitucionalidade, uma vez que não é norma de caráter geral; 2) somente a parte da norma que trata da competência de foro é válida, mas, no que tange à competência de juízo (criminal), haveria inconstitucionalidade da norma por invadir competência alheia; 3) o art. 183 é constitucional. A uma porque o objetivo da referida norma era evitar a acumulação excessiva de procedimentos no juízo de falência, reconhecendo-se que a finalidade do processo falimentar é distinta do processo penal. A duas porque o art. 183 não cuida de procedimento e sim de processo, competência legislativa da União (art. 22, I, da CF). Por fim, a determinação de juízos diferentes resguarda a imparcialidade dos julgamentos, nas distintas esferas.

A jurisprudência tem entendido que deve prevalecer a norma estadual de organização judiciária[90].

O critério, *in casu*, é predominantemente material, ou seja, a natureza da infração. Todavia, o legislador local pode combinar critérios, como o material e o territorial, como acontece na competência das varas distritais. Observe-se que nestas, a despeito

de poder introduzir-se o critério do local da infração, a competência é de juízo, porque o foro é um só: a comarca que abrange a distrital.

Havendo, na comarca, mais de uma vara com igual competência, a de cada uma será determinada pela distribuição, que é um mecanismo aleatório e impessoal que também assegura a figura do juiz natural.

Lembre-se, por fim, que compete ao Juízo de Execuções Penais do Estado a execução de penas impostas a sentenciados da Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos em estabelecimentos penais sujeitos à Administração Pública Estadual (Súmula 192 do STJ).

33. DA PREVENÇÃO E DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS

A prevenção é um critério de encerramento utilizado pelo legislador para determinar a competência quando os critérios anteriores não são suficientes, ou porque algum elemento é desconhecido ou porque mais de um juízo poderia, em abstrato, ser competente. Como não podem existir vazios de competência, é indispensável a solução do impasse; daí a prevenção para resolvê-lo. É o que acontece no caso de serem desconhecidos o local da infração e o domicílio ou residência do réu, ou no caso das infrações consumadas em mais de uma comarca, como as permanentes.

No processo penal, considera-se prevento o juízo que praticar qualquer ato relativo à infração, ainda que anterior à denúncia ou

queixa, como por exemplo o pedido de concessão de fiança, de decretação de prisão preventiva, de diligência que dependa de autorização judicial, como a incomunicabilidade do preso, a requisição de informações de estabelecimentos bancários ou a busca domiciliar. No caso de existir na comarca mais de uma vara com a mesma competência, a distribuição para um desses efeitos já vale como distribuição para a futura eventual ação penal, prevenindo a competência.

Na comarca da Capital de São Paulo, para providências anteriores à ação penal existe um órgão especializado central, o Dipo, Departamento de Inquéritos Policiais, de modo que nesse momento ainda não há distribuição.

Há polêmica a respeito da distribuição de *habeas corpus* contra ato do inquérito e a prevenção para a futura ação penal.

Tecnicamente, o *habeas corpus* não é um ato ou diligência, mas uma ação; logo, a distribuição deveria ser livre. Todavia, a jurisprudência, inclusive com fundamentos de ordem prática, tem o entendimento dominante de que a distribuição do *habeas corpus* fixa a competência para ação penal subsequente, tanto que, no Estado de São Paulo, existe norma do Tribunal de Justiça determinando aos distribuidores que, distribuído o *habeas corpus*, já se determine a distribuição da ação penal.

Fixada a competência, mediante a aplicação de todos os critérios anteriormente referidos, ela não mais se altera, ainda que alguma alteração de fato ou de direito venha a ocorrer posteriormente,

como, por exemplo, a mudança de domicílio do réu ou a criação de nova comarca com desmembramento de anterior. Também não há deslocamento da competência se um fato que determinaria a competência de certa forma era desconhecido, mas deixou de sê-lo, mostrando que, se fosse conhecido anteriormente, o juízo competente seria outro. Este fenômeno ocorre no caso de, durante a instrução, descobrir-se o lugar da infração, até então oculto, ou mesmo no caso de erro quanto ao local da infração.

Esta regra consagra o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que tem por fundamento o próprio princípio do juiz natural, que repele interferências estranhas na fixação do juiz competente, e, em especial, impede o afastamento do juiz eventualmente indesejável para a parte.

Tal princípio não foi expressamente consagrado no Código de Processo Penal, mas é acolhido em vários dispositivos, de modo que é assente que foi acolhido por ele. Todavia, por falta de regra expressa, há dúvida sobre sua aplicabilidade nas alterações de direito, como no exemplo acima citado de desmembramento de comarca. Diante da omissão da lei federal, os casos têm sido resolvidos pelas leis de organização judiciária em cada caso: criada a comarca, ou novo juízo, a mesma lei define se serão, ou não, a ela ou a ele encaminhados os processos da comarca ou juízo antigos aos primeiros pertinentes. A desobediência ao princípio, contudo, tem trazido graves inconvenientes, como por exemplo o abandono de processos que tenham a possibilidade de virem a ser deslocados,

a demora na redistribuição etc. O melhor seria o respeito rigoroso à regra.

Há, porém, situações especiais.

Se, iniciado um processo perante o juiz, este desclassificar a infração para outra em relação à qual ele não tem competência material, deverá remeter os autos ao juiz competente, a não ser que a sua competência, por ser mais graduada, absorva a outra (CPP, art. 74, § 2º). Assim, por exemplo, se em determinada comarca existir vara especializada para delitos culposos, o juiz de lesão corporal dolosa poderá desclassificar para culposa e julgá-la, independentemente da remessa ao outro juiz.

A mesma regra, de remessa ao juiz competente, vale para o procedimento do júri, nos termos dos arts. 74, § 3º, e 419 do Código de Processo Penal, observando-se, porém, que, se a desclassificação ocorrer em plenário, passa a julgar o crime desclassificado o juiz-presidente (arts. 74, § 3º, e 492, §§ 1º e 2º). Esse fenômeno ocorre somente na desclassificação própria, que é a que se dá para crime de outra natureza. Na chamada desclassificação imprópria em plenário, que ocorre, por exemplo, quando houver o reconhecimento do excesso culposo, o júri continua competente para prosseguir no julgamento porque o excesso culposo, a despeito da aplicação da pena correspondente ao crime culposo, é ínsito num crime doloso contra a vida, da competência exclusiva do júri. O excesso culposo muda a pena, mas não o crime, que continua a ser doloso.

A *perpetuatio jurisdictionis* aplica-se, também, às infrações reunidas em um único processo em virtude da conexão e da

continência. Verificada a reunião, ainda que no processo de sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua em sua competência, continua competente para os demais processos (art. 81, *caput*).

A propósito, v. Súmula 81 do STJ: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado".

Se, porém, essa desclassificação ocorrer na fase de pronúncia, no procedimento do júri, ou se o juiz impronuncia o réu ou o absolve sumariamente, perde a competência para os demais, devendo remeter todos ao juiz competente (art. 81, parágrafo único). Daí se dizer que não se aplica a regra da *perpetuatio* no caso de competência do júri. A mesma ideia deve ser utilizada se a desclassificação ocorre em plenário. Como no caso referido parágrafos acima, passa a ser competente para julgamento do anterior crime de júri desclassificado e para os demais o juiz-presidente, salvo no caso de desclassificação imprópria. Se, contudo, o júri absolve no crime de sua competência original, continua no julgamento dos conexos, porque, para absolver, precisou ele afirmar sua competência, e, se é competente para o principal, continua competente para os conexos.

Há três fatos que derogam a competência em concreto, ou seja, depois de definitivamente fixada: o desaforamento; deslocamento nos crimes contra a honra em que foi oposta a exceção da verdade e o querelante tem prerrogativa de função; e deslocamento da Justiça

Estadual para a Federal em se tratando de grave violação a direitos humanos.

Havia um outro, que era a avocação de causas pelo Supremo Tribunal Federal, mas que foi eliminado na Constituição de 1988.

O desaforamento é a deslocação do processo na fase de julgamento em plenário do júri, para comarca próxima, não necessariamente contígua, se motivos graves o impuserem. Esses motivos graves são a ameaça à ordem pública, a suspeita de comprometimento da imparcialidade do júri e o perigo à incolumidade do acusado. Também se, depois de preparado, o réu não entra em julgamento por mais de 6 meses (CPP, art. 428), o desaforamento é decretado pelo Tribunal de Justiça, a requerimento das partes ou mediante representação do juiz. Decretado o desaforamento, não haverá reaforamento ainda que tenham cessado os motivos que o determinaram. Volta a valer a regra da *perpetuatio*. Mas pode haver um segundo desaforamento se novos motivos surgirem na nova comarca.

O art. 85 do Código de Processo Penal preceitua que, nos processos por crimes contra a honra em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais, àquele ou a estes caberá o julgamento, quando oposta ou admitida a exceção da verdade. A dúvida reside em saber se se desloca todo o processo ou se se desloca apenas a exceção. A redação e a compreensão técnica do instituto levam à conclusão de que o deslocamento é total. Com

efeito, a exceção da verdade não é um procedimento ritual autônomo, mas uma defesa de *direito material* que, se procedente, exclui a tipicidade ou a antijuridicidade, ou seja, é pertencente ao *mérito* da imputação. Logo, não poderia ser decidida separadamente. Todavia, o entendimento jurisprudencial é o de que se desloca apenas a exceção, sob o argumento de que a deslocação total para o tribunal levaria a julgamento em competência originária pessoa sem prerrogativa de função. O argumento, contudo, *data venia*, não convence, porque nos crimes conexos, por exemplo, também pessoas não sujeitas à jurisdição de determinado tribunal por ele são julgadas.

O art. 109, § 5º, da Constituição (incluído pela Emenda Constitucional no 45, de 2004) institui importante e peculiar caso de derrogação da competência, exceção, portanto, ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, mediante o deslocamento de processo da Justiça Estadual para a Justiça Federal, nos seguintes termos:

“Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

A hipótese, evidentemente excepcional, para sua concretização, depende de requisitos de direito material e de direito processual. São requisitos de direito processual: a) provocação do Procurador-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça; processo de competência da Justiça Estadual nela em andamento, porque se o processo já seria da competência da Justiça Federal a questão será resolvida pelo conflito de competência regular do Código; decisão favorável do Superior Tribunal de Justiça. São requisitos de direito material: a) situação caracterizadora de grave violação dos direitos humanos, tais como submissão de comunidades a experiências genéticas, homicídios em massa em comunidades desprotegidas, abusos contra crianças de especial gravidade pela gravidade e extensão etc.; b) finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja signatário.

Como exceção ao princípio do juiz natural, ainda que justificada e adequada, a disposição deve ser interpretada restritivamente, aplicando-se, portanto, em situações de excepcional gravidade.

34. DA CONEXÃO E DA CONTINÊNCIA

A conexão e a continência são fatos, resultantes de vínculos entre infrações penais ou seus agentes, que alteram o caminho ordinário de determinação da competência, impondo a reunião, num mesmo processo, de mais de uma infração ou mais de um agente.

É costume dizer que a conexão e a continência modificam a competência. Essa afirmação, porém, somente é válida no que

concerne à competência em abstrato, ou seja, no caminho que se desenvolve antes da fixação definitiva, em concreto. O desaforamento, sim, modifica a competência em concreto, depois de definida. A conexão e a continência atuam antes dessa definição.

O legislador processual penal optou por definir legalmente os casos de conexão e continência, respectivamente nos arts. 76 e 77, mas é possível dizer que a conexão resulta de vínculos objetivos ou subjetivos entre infrações e que a continência resulta da unidade da ação delituosa. Ambas têm o mesmo efeito jurídico, que é a reunião dos processos ou o julgamento conjunto, regra, porém, não absoluta, porque se houver motivo relevante pode haver a separação. A conexão e a continência têm um fundamento funcional, ou seja, o julgamento conjunto facilita a apuração e assegura a coerência de decisões.

Entre os motivos relevantes para que não ocorra a reunião ou para que se separem os processos, cita o art. 80 do Código: se as infrações foram praticadas em circunstâncias de tempo ou lugar diferentes ou se houver excessivo número de réus, ou, ainda, para não prolongar a prisão provisória de algum deles. Essas hipóteses são exemplificativas, porque é admissível a separação se, por outro motivo relevante, o juiz reputá-la conveniente. O art. 79 traz mais três casos de separação: se em relação a algum acusado ocorre doença mental superveniente, se houver corréu foragido que não possa ser julgado à revelia, que é o caso dos crimes inafiançáveis de júri, e se houver divergência nas recusas dos jurados por defensores diferentes de réus diferentes, nos termos do art. 461.

A eventual incompatibilidade das decisões separadas será corrigida em grau de apelação e, até, em *habeas corpus* ou revisão criminal se a decisão for desfavorável ao acusado.

A conexão se diz subjetiva, objetiva ou instrumental, segundo a natureza do vínculo entre as infrações, podendo existir mais de um.

Há conexão:

1. se duas ou mais infrações foram praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, o vínculo, no caso, é objetivo-subjetivo (tempo-reunião das pessoas);

2. se as infrações foram praticadas por pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, o vínculo é subjetivo;

3. se as infrações foram praticadas por várias pessoas umas contra as outras, o vínculo é subjetivo;

4. se as infrações foram praticadas umas para facilitar ou ocultar as outras ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas, o vínculo é objetivo, dizendo-se, neste caso, que a conexão é consequencial ou causal;

Há quem distinga a hipótese de conexão causal da conexão consequencial. Todavia, a diferença resulta, apenas, do ponto de vista de que se examinam as infrações. Do ponto de vista da primeira, esta é causa em relação à segunda, e esta, por sua vez, é consequência da primeira. E vice-versa. Daí preferirmos dizer que conexão causal e consequencial são sinônimos.

5. se a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração, o vínculo é processual, denominando-se conexão instrumental ou probatória.

Há continência:

- 1.** se duas ou mais pessoas foram acusadas pela mesma infração;
- 2.** se a infração foi cometida nas condições previstas nos arts. 70, 73, segunda parte, e 74 do Código Penal. Trata-se do concurso formal, do erro de execução quando é também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender e da ocorrência de resultado diverso do pretendido se também ocorre o pretendido. Nos três casos há mais de uma infração, mas apenas uma conduta.

Havendo conexão ou continência, os fatos devem compor um mesmo processo, e se, não obstante os vínculos, forem instaurados processos diferentes, a autoridade prevalente deverá avocar os outros, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso a unidade dos processos dar-se-á posteriormente, para efeito de soma ou de unificação das penas.

São prevalentes:

- 1.** o júri em relação aos outros órgãos de jurisdição comum;

Súmula 721 do STF: "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual".

2. a Justiça Federal em relação à Estadual. No caso de haver conexão com crime de júri, prevalece o júri, mas este será organizado e presidido por juiz federal, de vara federal;

Súmula 52 do Tribunal Federal de Recursos. Não há previsão expressa no Código porque na época de sua edição não havia Justiça Federal.

3. o tribunal de maior hierarquia, se houver um ou mais de um acusado com prerrogativa de função;

4. a Justiça Eleitoral em relação aos crimes comuns. A Justiça Militar nunca julga os crimes conexos comuns, que serão processados em separado perante o respectivo juízo competente. O Código refere, também (art. 79), que não haverá unidade de processos no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores. Tal regra, porém, seria desnecessária, porque o objeto da prestação jurisdicional tutelar de menores não é a sanção penal, separando-se, naturalmente, a sua atividade;

5. no caso de concorrência de juízos da mesma justiça e, hierarquicamente, da mesma categoria:

Estas regras não valem para dois tribunais de justiça ou dois Tribunais Regionais Federais, como ocorreria no caso de crimes praticados, por exemplo, por dois juízes subordinados a tribunais diferentes. No caso, cada um será julgado por seu respectivo tribunal. As regras valem, pois, para juízes de primeiro grau: todos da justiça comum ou

todos da Justiça Federal, ou ainda, todos de justiça especial.

- a.** o lugar da infração a que for cominada pena mais grave;
- b.** o lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações se as penas forem iguais;
- c.** o juízo que praticou qualquer ato ainda anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, ou seja, o juízo que se tornar prevento, se os critérios anteriores não definirem o juízo prevalente.

35. MEIOS DE DECLARAÇÃO DA INCOMPETÊNCIA

No processo penal, em todas as questões de competência, o próprio juiz pode declarar sua incompetência, segundo a regra básica de que o juiz é sempre o juiz da própria competência. Nesse sentido, toda incompetência pode ser reconhecida de ofício. Mesmo a competência territorial, ainda que derogável pela conexão ou que sua violação, se não causar prejuízo, não acarreta nulidade, tem um fundamento funcional, o local da consumação é o melhor para apuração dos fatos, o que justifica a possibilidade de o juiz decretá-la independentemente de provocação da parte.

O segundo meio de declaração da incompetência é a exceção, que adiante será estudada. O terceiro é o conflito de competências, positivo ou negativo, adiante também estudado no capítulo sobre as questões e processos incidentes.

36. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

Declarada a incompetência, ocorre nulidade, por expressa cominação do art. 564, I, do Código. Todavia, se se trata de incompetência em razão da natureza da infração (aplica-se, também, à competência das justiças especiais e da Justiça Federal), ou material, como a do júri e outras, e incompetência por violação de competência funcional, a nulidade é absoluta. Se a incompetência é territorial ou por falta de aplicação das regras sobre conexão e continência, a nulidade é relativa, ou seja, depende de prova de prejuízo. O assunto, nulidade absoluta e relativa e prova de prejuízo, será amplamente tratado no capítulo pertinente às nulidades.

A despeito do fundamento funcional da conexão e da continência, a relatividade da nulidade decorre, inclusive, do grande número de situações em que é admissível a separação de processos ou a sua não reunião, conforme descrito no item próprio, demonstrando que a unificação está sujeita a critérios de conveniência e conseqüentemente de existência, ou não, de prejuízo.

Cabe, todavia, desde logo, comentar o art. 567 do Código de Processo Penal, que dispõe:

“A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”.

A finalidade do dispositivo é a de salvar da decretação da nulidade alguns atos processuais, como, por exemplo, os atos instrutórios. São atos decisórios a sentença, o decreto de prisão preventiva ou outro ato que decida algum processo incidental, como o incidente de falsidade.

Há, contudo, polêmica a respeito da natureza do despacho de recebimento da denúncia ou queixa. Seria, ou não, decisório?

Sob o aspecto técnico processual, evidentemente que sim. É uma deliberação de grandes consequências e que jamais poderia ser considerada de mero expediente. Com o recebimento da denúncia ou queixa, o juiz assume a coação processual, interrompe-se a prescrição, o Código dá por instaurada a ação penal.

Todavia, se assim se entender à luz do art. 567, esse mesmo artigo fica inutilizado, porque, se sua finalidade é preservar alguns atos processuais, a nulidade do recebimento da denúncia ou queixa torna nulo todo o processo, porque esse ato está colocado no limiar inicial da ação penal. Para salvar o dispositivo, portanto, pelo menos para os fins de nulidade, *não* se pode entender que o recebimento da denúncia ou queixa seja ato decisório.

Alguns juízes, para contornar o problema, têm *ratificado* o recebimento da denúncia. Tal providência, porém, em vez de resolver o problema, cria outro mais profundo, que é a incerteza sobre a data da interrupção da prescrição. Considera-se ela interrompida na data do primeiro despacho ou na data da ratificação? Se se entender que é do primeiro, encurta-se o prazo do fato a essa causa interruptiva; se se entender que é do segundo,

amplia-se esse prazo, mas encurta-se o que vai da data do recebimento da inicial até a sentença condenatória. Ambas as situações, conforme a hipótese, podem levar a confusão e prejuízo do acusado.

Por outro lado, se o primeiro despacho era válido e teve força interruptiva, não precisava de ratificação; se era inválido, o segundo não foi de ratificação, mas novo ato.

A ratificação não é prevista pela lei para essa hipótese, logo não deve ser utilizada por gerar a inconveniência acima aludida. Cabe ao juiz manifestar-se concludentemente sobre a nulidade, ou não, a partir do recebimento da denúncia ou queixa. Essa decisão poderá ser reexaminada por via recursal, dirimindo-se, logo, a divergência, em vez de se deixar uma dúvida latente de efeitos posteriores, com o perigo da inutilização do processo.

CAPÍTULO VII

DAS QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES

37. INTRODUÇÃO

O Título VI do Livro I do Código engloba temas heterogêneos, desde as questões prejudiciais até o incidente de falsidade, que mereceria estar no Título VII, da prova. Parece, até, que o que o legislador não sabia onde colocar introduziu nesse Título.

Sem prejuízo da identificação da natureza de cada instituto aí colocado, todos serão tratados acompanhando a posição no Código, a fim de facilitar ao interessado a procura do tema. Esse método, aliás, será, salvo algumas exceções, o preferencialmente seguido.

38. DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS

A questão prejudicial é uma infração penal ou uma relação jurídica civil cuja existência ou inexistência condiciona a existência da infração penal que está sob julgamento do juiz.

O problema das questões prejudiciais insere-se não só no poder, mas também na necessidade que tem o juiz de, para julgar o fato punível sob sua jurisdição, apreciar ou examinar outro fato punível ou uma relação jurídica civil que não é objeto do processo, mas o condiciona.

Em virtude do encadeamento existente entre as relações jurídicas, entre certos fatos puníveis e entre aquelas e estes, em muitas situações o juiz não pode concluir pela existência do fato sob julgamento sem considerar existentes uma e outro. Esse fato punível antecedente, ou essa relação jurídica, é a questão prejudicial.

Questão prejudicial distingue-se de questão preliminar ou, apenas, preliminar. A preliminar é um fato, processual ou de mérito, que impede que o juiz aprecie o fato principal. São preliminares processuais a litispendência, a coisa julgada; são preliminares de mérito as causas extintivas da punibilidade. No caso de existir questão prejudicial, o juiz aprecia o mérito principal, mas de maneira coerente com o que concluir a respeito dela, ao passo que, se existir preliminar, o juiz não chega a examiná-lo.

Em situações bastante especiais, uma relação jurídica pode ser, ao mesmo tempo, preliminar e prejudicial. Assim, por exemplo, se está em julgamento crime de responsabilidade de funcionário público, essa qualidade, se elemento do crime, é prejudicial, mas pode ser também preliminar se o acusado tiver, em virtude dela,

prerrogativa de função, colocando-se, portanto, também como preliminar de incompetência.

As questões prejudiciais podem ser homogêneas ou heterogêneas.

Do ponto de vista do processo penal, questão prejudicial homogênea é uma infração penal que é exigida como antecedente da existência da infração em julgamento, como acontece com o furto ou o roubo para que possa existir a receptação, que exige a proveniência criminosa da coisa adquirida. O juiz da receptação, para julgá-la, depende da existência do furto ou roubo que são prejudiciais em relação a ela.

Do ponto de vista do juiz civil, é o contrário.

O Código de Processo Civil não tem disciplina expressa sobre como deve agir o juiz diante de uma prejudicial homogênea, mas a solução resulta da aplicação dos princípios gerais.

São as seguintes as situações possíveis:

a. o juiz tem também sob seu julgamento o fato criminoso prejudicial, como no caso de furto e receptação, em virtude da conexão, estarem sendo processados e julgados no mesmo procedimento. Diante desta hipótese, na mesma sentença, o juiz julga ambos os crimes coerentemente. Se ele, por exemplo, absolver o agente do furto porque a coisa não era alheia, era do próprio acusado, tem, também, de absolver o réu da receptação porque esta inexistiu;

b. o juiz não tem sob seu julgamento a infração prejudicial, ou porque o seu autor está sendo processado em processo apartado, por uma das muitas razões que admitem a separação dos autos, como acima foi visto, ou porque jamais haverá julgamento da infração prejudicial, entre outras hipóteses se o autor é desconhecido, é menor, ou tenha, em relação a ele, ocorrido a extinção da punibilidade. Na primeira situação, cada juiz julga o fato sob sua jurisdição independentemente do julgamento do outro, podendo, então, ocorrer incompatibilidade objetiva nas decisões, se, por exemplo, o juiz da receptação profere sentença condenatória e o juiz do furto absolve o agente porque a coisa não era alheia. Observe-se que no processo penal não há regra de suspensão de um processo para aguardar o resultado do outro como o art. 265 do Código de Processo Civil preconiza. Ao contrário, muitas vezes o desmembramento de processos se dá justamente porque não é possível a paralisação, que é o que acontece se um acusado está preso e o outro não, e o procedimento do réu solto precisa dilatar-se. Pois bem, ocorrendo incompatibilidade objetiva, será ela corrigida em grau de apelação, e mesmo em *habeas corpus* ou revisão criminal se a decisão foi desfavorável ao acusado. Finalmente, no caso de a infração prejudicial não vir a ser colocada em julgamento, o juiz decidirá a que lhe está submetida livremente, apreciando a existência da prejudicial *incidenter tantum*, porque inevitável para que possa julgar a infração sob sua decisão.

Questão prejudicial heterogênea é uma relação jurídica civil que condiciona a existência de uma infração penal. É grande o número

de infrações que contêm elementos que exigem qualificação jurídica civil. Apenas para exemplificar: no furto, a qualidade de coisa *alheia móvel*; na bigamia, o casamento anterior; na apropriação indébita, a situação de posse ou detenção; nos crimes contra a propriedade imaterial, a existência do privilégio de invenção, do direito autoral etc.

O Código dividiu as questões prejudiciais heterogêneas em dois tipos: as relações jurídicas civis relativas ao estado civil das pessoas e as demais relações jurídicas civis.

As primeiras, obedecidos certos requisitos adiante enumerados, levam à suspensão obrigatória do processo penal, porque o juiz penal está proibido de pronunciar-se, sequer *incidenter tantum*, sobre questão de estado civil de forma diferente do que dispuser o juízo civil. Ou seja, o juiz penal, quanto ao estado das pessoas, é obrigado a aceitar o que está estabelecido na área civil. Por essa razão, tornando-se controvertida relação jurídica de estado da pessoa, o juiz penal deve aguardar o resultado da ação civil a respeito. Daí dizer-se que a questão de estado provoca a suspensão obrigatória do processo penal. Durante o prazo de suspensão *não* corre a prescrição (CP, art. 116, I).

É costume dizer que, no caso, a questão de estado é prejudicial obrigatória, mas, na verdade, o que é obrigatório é a suspensão e não a própria prejudicial.

Para que a questão prejudicial tenha relevância e provoque, obrigatoriamente, a suspensão do processo penal, é preciso que:

1. a existência da infração dependa da relação jurídica civil. Isto quer dizer que a relação jurídica civil deve ser *elementar* do crime, como a existência do casamento anterior para o crime de bigamia. Circunstâncias acidentais, como o parentesco para agravar a infração, não levam à suspensão do processo;

2. sobre a relação jurídica civil exista controvérsia que o juiz repute séria e fundada. Uma simples afirmação ou negativa destituída de base levará o juiz a repeli-la, acatando o que as certidões civis atestarem;

3. a questão se refira ao estado *civil* da pessoa, ou seja, parentesco e casamento. Capacidade não, porque a inimputabilidade é sempre aferida por meio do incidente de insanidade no próprio processo penal. Também não os outros estados, como o profissional e o político. Apesar de importantes, não se referem ao estado civil e, portanto, a suspensão não será obrigatória, como, por exemplo, quando se discute determinada qualificação profissional em face da infração de exercício ilegal de profissão regulamentada ou a qualidade de nacional no crime de reingresso de estrangeiro expulso.

Reconhecida a prejudicial com essas características, o juiz determina a suspensão do processo penal até que se decida a questão civil em sentença transitada em julgado, à qual o juiz penal ficará subordinado. Poderá, porém, o juiz ouvir testemunhas e

determinar outras provas que considerar urgentes, estando proibido de proferir sentença.

Em se tratando de crime de ação pública, o Ministério Público promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, porque se trata de questão de interesse público, tendo a lei, no caso o parágrafo único do art. 92, atribuído a ele legitimação extraordinária para agir.

Todas as relações jurídicas civis que não sejam relativas ao estado civil das pessoas podem levar à suspensão facultativa do processo penal. É necessário, contudo, que:

- 1.** a relação jurídica civil seja elementar do crime;
- 2.** tenha sido proposta a respeito ação no juízo cível;
- 3.** a questão seja de difícil solução;
- 4.** seja uma ação de prova possível perante o juiz civil, isto é, daquelas em que não haja proibição ou limitação quanto à prova. Se isto ocorrer, ou seja, limitação quanto à prova no juízo cível, a ação civil será inútil, devendo, então, a prova sobre a questão desenvolver-se no próprio juízo penal, como se faz prova de qualquer elemento do crime.

A suspensão, na hipótese, é chamada de facultativa, devendo, no caso positivo, o juiz marcar prazo para ela, que poderá ser razoavelmente prorrogado. Tal facultatividade, porém, não significa discricionariedade pura, ou seja, que fica a critério do juiz. É facultativa no sentido de que nem sempre acarretará a suspensão, mas esta será inafastável se a solução da questão civil for indispensável para a conclusão penal, como, por exemplo, envolver

questões complexas extrapenais que dependam, inclusive, de dilação probatória. Em suma, se relevante e complexa a questão civil, de qualquer natureza, a suspensão não pode deixar de ser aplicada e, portanto, torna-se necessária. Expirado o prazo sem que tenha sido proferida a sentença no juízo cível, o juiz criminal retomará o curso do processo penal, readquirindo sua competência para resolver, de fato ou de direito, toda a matéria da acusação e da defesa.

Este aspecto é muito interessante. No caso de prejudicial de suspensão obrigatória, o juiz penal não tem competência para decidir em sentido contrário ao que for definido na área cível a respeito da questão de estado civil da pessoa. Trata-se de uma limitação de competência funcional pelo objeto do juízo, ou seja, quanto a essa parte da decisão, o juiz penal é obrigado a aceitar o que está decidido na área civil, como se a decisão civil integrasse, em parte, seu julgamento. No caso de prejudicial de suspensão facultativa, a incompetência nasce no momento em que o juiz penal, reconhecendo as circunstâncias adequadas, determina a suspensão. Essa incompetência é temporária, como diz o texto do art. 93, § 1º, se não houver decisão do juiz civil no prazo definido pelo juiz penal, mas é definitiva se o juiz civil proferir decisão. Daí resulta que, proferida decisão no juízo cível, o juiz do processo penal *não* pode

decidir em sentido contrário, porque é incompetente, em razão de incompetência funcional pelo objeto do juízo, sobre a questão prejudicial. Talvez seja caso único de competência funcional condicionada, temporária ou facultativa.

Durante o prazo de suspensão, o Ministério Público intervirá no processo cível para velar pelo seu rápido andamento. Trata-se de um caso especial de intervenção do Ministério Público no processo civil, além das hipóteses específicas do art. 82 do Código de Processo Civil, em que o interesse público consiste na rápida solução do litígio civil a fim de que se agilize o julgamento da infração penal.

Da decisão que determina a suspensão, adotada de ofício ou a requerimento da parte, cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XVI, do Código de Processo Penal. Da decisão que nega a suspensão não cabe recurso. Esta regra vale tanto para a prejudicial de suspensão obrigatória quanto para a facultativa, apesar de estar expressa como parágrafo do art. 93, que trata da suspensão facultativa. Este parágrafo, aliás, seria desnecessário, dada a taxatividade do art. 581, que prevê, exclusivamente, o recurso da decisão que determina a suspensão. Todavia, o Código quis acentuar, em especial, a situação da prejudicial de suspensão facultativa.

Resta, porém, um aspecto a examinar: como se resolve a hipótese de ser a suspensão necessária e não ser determinada pelo juiz, seja a questão prejudicial relação jurídica de estado civil ou seja outra, tendo em vista ser a decisão irrecurável?

Como em todas as hipóteses em que a decisão interlocutória seja irrecorrível, a matéria pode voltar a ser colocada em preliminar de apelação. Todavia, se o tribunal entender que a arguição é procedente, as consequências são diferentes se o caso é de prejudicial questão de estado ou se é outra questão civil. Na primeira hipótese, exatamente porque a suspensão é obrigatória e o juiz não tem competência funcional para examinar a matéria, sua sentença é nula, devendo o tribunal declarar-lhe a nulidade, mandando o processo de volta para que se proceda à suspensão, aguardando-se a sentença civil. Se, porém, a prejudicial é de suspensão facultativa, inexistente nulidade, de modo que a sentença é válida e, reconhecendo o tribunal que havia fundada dúvida sobre um dos elementos da infração, o que justificaria a suspensão, absolverá o acusado.

39. DAS EXCEÇÕES

Exceções são procedimentos incidentais em que se alegam preliminares processuais que podem provocar o afastamento do juiz ou do juízo, ou a extinção do processo.

Nos termos do art. 95 do Código de Processo Penal, podem ser opostas as seguintes exceções: suspeição, incompetência do juízo, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada.

As exceções são os procedimentos rituais em que se invocam essas matérias, as quais, porém, podem ser apresentadas como simples *objeção*, ou seja, independentemente de procedimento próprio, por simples alegação nos autos, mesmo porque podem ser

conhecidas de ofício. O Código de Processo Civil distinguiu bem exceções de objeções, devendo estas ser apresentadas em preliminar de contestação. No processo civil, exceções propriamente ditas são apenas as de incompetência relativa, suspeição e impedimento, observando-se, quanto à última, que se trata, também, de objeção, porque a matéria pode ser conhecida independentemente do procedimento ritual.

As exceções processuais podem ser dilatórias e peremptórias. Chamam-se dilatórias aquelas que pretendem o afastamento do juiz ou a deslocação do juízo, sem a extinção definitiva do processo. São as de suspeição e de incompetência. Chamam-se peremptórias as que podem levar, se procedentes, à extinção do processo. São as de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada.

As exceções processuais são defesas indiretas que atacam a regularidade da ação e do processo, distinguindo-se das exceções materiais, que são alegações de fatos que extinguem ou impedem o resultado pretendido pela acusação, no plano do direito material, como a alegação de excludentes. Na área tipicamente penal, é exceção material a exceção da verdade nos crimes contra a honra. As exceções materiais pertencem às peças de defesa e aparecem independentemente de procedimento próprio, porque integram o mérito. A própria exceção da verdade não tem disciplina procedimental específica no Código de Processo Penal, podendo integrar as peças defensivas. No caso de ser apresentada de modo a provocar a deslocação da competência, se o querelante tem foro por prerrogativa de função, há necessidade de que se destaquem peças

para conhecimento do tribunal, desde que se acate o entendimento de que o tribunal examina apenas a exceção e não o processo inteiro. Ver a respeito o capítulo sobre competência.

De maneira geral, o Código de Processo Penal adotou o seguinte procedimento para as exceções, que atende aos reclamos de praticidade e racionalidade, tendo em vista que a matéria de exceção é também objeção: apresentada a exceção, o juiz, se puder examiná-la de plano ou apenas com prova documental, pode fazê-lo nos próprios autos, declarando-se suspeito ou incompetente, ou extinguindo o processo independentemente da formação onerosa de procedimento apartado. Se, porém, houver recusa da alegação e necessidade de apresentação de prova, o juiz determinará a autuação em apenso, a fim de que não se perturbe o desenvolvimento do processo principal. No apenso desenvolver-se-á a atividade probatória especial. É o que acontece, por exemplo, no caso de exceção de coisa julgada, se não for possível, pelos documentos apresentados, constatar-se se o fato é, ou não, realmente o mesmo.

As exceções não suspendem, de regra, o processo principal, cujo andamento poderá ser susgado, todavia, se a parte contrária reconhecer o fundamento da arguição. Mesmo sem esse reconhecimento, o juiz pode, de ofício, determinar a suspensão se entender que a alegação tem consistência, a fim de evitar a prática de atos que podem ser inúteis se o processo vier a ser extinto, ou declarados nulos se procedente a exceção.

O Código (art. 102) prevê a possibilidade de sustação do processo principal quando “a parte contrária reconhecer a procedência da arguição”, mas é evidente que a parte contrária não precisa, desde logo, aceitar a alegação do excipiente. Basta que reconheça que tem fundamento razoável e que, dado o risco de nulificação ou inutilidade dos atos que forem praticados, melhor é que se aguarde o resultado da exceção. É certo que na apreciação da suspensão, ou não, do processo principal, o juiz deverá levar em consideração o estado da causa e fatores como o possível perecimento da prova, a intercorrência da prescrição etc.

Cabe conceituar as matérias que podem ser objeto de exceção.

A *suspeição* é a situação enquadrada no art. 254 do Código de Processo Penal, que leva à dúvida quanto à imparcialidade do magistrado. Podem, também, ser objeto de exceção os impedimentos e as incompatibilidades (arts. 252 e 253), os quais, a despeito de serem objeções, adotarão o procedimento da exceção se houver necessidade de prova e o juiz não os reconheceu de plano[91].

A *incompetência* é a situação de inadequação do foro ou do juízo em face das regras de determinação da competência, conforme já discorreremos. Qualquer razão de incompetência pode ser alegada: a de foro, a de juízo, a de justiça especial etc. E mesmo a decorrente

de conexão ou continência. A incompetência anula somente os atos decisórios, nos termos do art. 567, o qual será comentado, em sua extensão, no capítulo sobre as nulidades.

A *litispêndência* é a situação que decorre da existência de outro processo penal sobre o mesmo fato, entendido como fato da natureza, ocorrência da realidade e não somente fato descrito na denúncia ou queixa[92].

A *ilegitimidade de parte* é a inadequação da titularidade legal da ação penal, ativa e passiva, à que, de fato, está sendo colocada no processo. Como se sabe, os crimes são de ação de iniciativa pública ou de iniciativa privada. No polo passivo, somente pode figurar pessoa humana maior de 18 anos. Esta última situação é pertinente à legitimidade ou capacidade processual, não *ad causam*, mas cabe, também, na possibilidade de ser objeto da exceção. É necessário insistir-se que, no caso de ilegitimidade, a exceção é peremptória, ou seja, se procedente a alegação, o processo é totalmente nulo, o qual em nada pode ser aproveitado. Ou seja, queixa não pode ser aproveitada como denúncia e vice-versa. Se da decretação da nulidade decorre prescrição ou decadência, a situação é imutável e irreversível.

A *coisa julgada* é o fato que impede a repetição do processo penal sobre o mesmo fato contra o mesmo réu. A extensão da coisa julgada penal será desenvolvida no capítulo sobre a sentença.

Algumas observações finais sobre o tema.

Todos esses fatos processuais, inclusive a suspeição, podem ser reconhecidos de ofício, e a qualquer tempo, pelo juiz, que deverá

mandar remeter os autos ao substituto legal, ao juiz competente ou extinguir o processo nos casos de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, de modo que é de menor importância o momento em que sejam apresentados por meio de exceção.

No caso de suspeição, poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo, não sendo obrigado a declará-lo expressamente nos autos. Todavia, poderá o juiz ser chamado a esclarecê-lo aos órgãos censórios do tribunal, que poderão aferir sua razoabilidade e determinar providências punitivas administrativas. Processualmente, porém, o afastamento do magistrado é definitivo.

A exceção de suspeição (entenda-se também impedimento) pode ser dirigida contra o órgão do Ministério Público e auxiliares da justiça. Não contra a autoridade policial (art. 107), a qual, contudo, poderá declarar-se suspeita e afastar-se do caso.

Da decisão do juiz a respeito da exceção de suspeição do membro do Ministério Público ou auxiliares da justiça, depois de determinar prova, se necessário, e ouvir o excepto, não cabe recurso. Todavia, se houver ilegalidade no caso de procedência da exceção, o afastado pode impetrar mandado de segurança porque teria direito líquido e certo a sua manutenção em atividade no processo.

No caso de exceção de incompetência, se procedente, o juiz decretará a nulidade dos atos decisórios (art. 567), e, no caso de suspeição, o tribunal anulará todos, sem prejuízo de sanções ao magistrado que não se afastou com erro inescusável (art. 101).

Salvo na hipótese de exceção de suspeição que é julgada diretamente pelo tribunal, da decisão de primeiro grau que julga

procedentes as exceções cabe recurso no sentido estrito (art. 581, III). Da decisão que julga improcedente não cabe recurso algum, mas a sua legalidade poderá ser conferida por *habeas corpus*, em favor do acusado ou em preliminar da futura apelação que houver sobre o mérito.

40. DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Como já se disse no capítulo próprio, o terceiro instrumento de declaração da competência é o conflito de competência que o Código denomina, em terminologia ultrapassada, conflito de jurisdição.

O conflito pode ser positivo ou negativo. Será positivo se dois juízes ou tribunais se considerarem competentes para o mesmo processo, e negativo se dois juízes ou tribunais recusarem sua competência em face do mesmo processo. A divergência, positiva ou negativa, pode também resultar de controvérsia sobre a unidade do juízo, junção ou separação de processos.

O conflito pode ser suscitado pela parte interessada, pelo Ministério Público e por qualquer dos juízos ou tribunais que divergem.

O conflito, se positivo, será suscitado por requerimento da parte ou do Ministério Público, ou por representação do juízo ou tribunal envolvido diretamente perante o tribunal competente para dirimi-lo. Ao recebê-lo, o tribunal poderá determinar a suspensão do processo principal a fim de evitar a nulidade, requisitando informações dos órgãos jurisdicionais em divergência. Se negativo, poderá ser

suscitado nos próprios autos, os quais serão remetidos ao tribunal para julgamento. Na instrução do incidente poderá ser determinada diligência probatória.

V. Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça.

Os Tribunais de Justiça dos Estados julgam o conflito no caso de divergência entre juízes a eles subordinados; o Superior Tribunal de Justiça julga os conflitos entre tribunais, ressalvada a competência do Supremo Tribunal Federal, ou entre tribunais e juízes a eles não vinculados e entre juízes subordinados a tribunais diferentes, como por exemplo um juiz federal e um estadual; e o Supremo Tribunal Federal, os conflitos de competência entre os tribunais superiores ou entre estes e qualquer outro tribunal.

O Código de Processo Penal não disciplinou os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias, apesar de a Constituição da República prever a competência para dirimi-los (art. 105, I, *g*). A situação, de fato, pode surgir como, por exemplo, divergência entre o juiz da execução e a autoridade penitenciária. Todavia, essa divergência, na verdade, não caracteriza um conflito, porque este pressupõe autoridades com funções da mesma natureza. Por outro lado, na hipótese de divergência entre autoridade administrativa e judiciária, esta decide autônoma e prevalentemente, utilizando até, se for o caso, meios coativos para fazer valer sua decisão. Da parte da autoridade administrativa, se insistir na divergência, caberá a utilização dos instrumentos de natureza contenciosa na defesa de sua posição, de modo que, em

realidade, não se instaura um conflito enquanto incidente processual.

O art. 117 do Código de Processo Penal prevê o poder de o Supremo Tribunal Federal, mediante advocatória, requisitar processo de qualquer outro juízo ou tribunal que pretenda exercer competência que seja sua. A Constituição consagra o mesmo poder no art. 102, I, /, cabendo-lhe o julgamento da “reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. Idêntico poder tem o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, f).

41. DA RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS

Há três tipos de coisas que podem interessar ao processo penal e que poderão ser apreendidas: os instrumentos do crime, os proventos da infração e objetos de simples valor probatório.

A rigor, os proventos da infração deveriam ser sequestrados pelo juiz. Mas, se eventualmente forem apreendidos pela autoridade policial, o interessado poderá requerer sua restituição ao juiz. Se houver indeferimento pelo magistrado, tal decisão equivale ao sequestro e seguirá suas regras porque o juiz assumiu a responsabilidade pela apreensão. Não há ilegalidade na apreensão policial porque o próprio Código de Processo Penal, no art. 119, preceitua a proibição de devolução de coisas

proveito da infração e sujeitas a perdimento, reiterada no art. 122; logo, pressupõe sua apreensão anterior, admitida, ademais, no art. 121.

Uma vez apreendidas, as coisas não poderão ser devolvidas, até o trânsito em julgado da sentença final, enquanto se mantiver o interesse para o processo. Cessado este, as coisas deverão ser devolvidas a seus legítimos donos, ressalvando-se contudo o disposto no art. 91, II, do Código Penal, que determina, como efeito da condenação, "a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: *a*) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; *b*) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso".

Se não houver dúvida quanto ao direito do interessado sobre a coisa nem dúvida quanto à possibilidade de a coisa apreendida ser enquadrada numa das hipóteses do art. 91, II, do Código Penal, a devolução da coisa ao proprietário ou legítimo possuidor pode ser feita pela autoridade policial ou pelo juiz, lavrando-se termo nos autos do inquérito ou do processo. Não pode haver dúvida, também, sobre a licitude administrativa ou penal do uso ou porte da coisa, porque não serão devolvidas coisas de porte ilícito, independentemente de condenação.

Se houver dúvida, somente o juiz pode decidir sobre a devolução, mediante requerimento, que será autuado em apartado. Em 5 dias o interessado poderá fazer a prova que desejar. Também autuar-se-á

em apartado o incidente de restituição se a coisa foi apreendida com terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito em prazo igual ao do reclamante, tendo ambos 2 dias para arrazoar após a apresentação das provas. No pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público.

Três são as alternativas de decisão no pedido de restituição:

a. O juiz o defere, determinando a entrega ao requerente. Dessa decisão cabe apelação, porque se trata de decisão com força de definitiva (art. 593, II).

b. O juiz o indefere, porque a posse da coisa é ilícita, independentemente de eventual condenação. O recurso cabível é, também, a apelação, com o mesmo fundamento da hipótese anterior.

c. O juiz nega a restituição porque há dúvida quanto à propriedade ou porque pode, em tese, ficar sujeita ao perdimento (CP, art. 91, II), como efeito da condenação. Essa decisão é irre-corrível, porque não se trata de decisão com força de definitiva nem está relacionada no art. 581, cabendo ao interessado recorrer à via cível para a declaração de sua propriedade, aguardar a sentença penal ou apresentar embargos nos termos do art. 129 ou do art. 130 do Código de Processo Penal.

Durante o tempo em que as coisas permanecem apreendidas, a autoridade que as tem sob sua guarda é responsável por sua conservação, podendo o Estado ser responsabilizado no caso de perecimento ou deterioração, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Por essa razão, se as coisas forem facilmente deterioráveis, devem ser avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado. O § 5º do art. 120 permite que o depósito seja em mãos particulares.

As coisas apreendidas não reclamadas e que não forem objeto de perdimento serão vendidas em leilão, depositando-se o apurado para arrecadação de bens de ausentes. Os instrumentos do crime serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal.

42. DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS: SEQUESTRO, ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL E ARRESTO

Este capítulo tem sido muito maltratado, apesar de haver trabalhos importantes a seu respeito, conforme adiante será referido. Talvez isso se explique tendo em vista o duvidoso sucesso da reparação do dano decorrente da infração e o pouco uso dos institutos aqui disciplinados. Todavia, urge uma interpretação coerente do Código, uma vez que, nos casos em que precisa ser aplicado, suscita dúvidas profundas.

O Capítulo VI do Título VI do Código de Processo Penal, denominado "Das medidas assecuratórias", prevê três dessas figuras. Trata do *sequestro* (arts. 125 a 133), da *especialização da hipoteca legal* (arts. 134 e 135) e do *arresto* (arts. 136 a 144), tendo sido estes últimos dispositivos alterados pela Lei n. 11.435, de dezembro de 2006, onde se corrigiu o emprego incorreto que havia do termo "sequestro" em vez de "arresto".

O sequestro é medida assecuratória, fundada no interesse público, e antecipativa do perdimento de bens como efeito da condenação, no caso de bens produto do crime ou adquiridos pelo agente com a prática do fato criminoso. Por ter por fundamento o interesse público, qual seja, o de que a atividade criminosa não tenha vantagem econômica, o sequestro pode, inclusive, ser decretado de ofício.

Por outro lado, como o perdimento é um efeito da condenação penal, transitada em julgado a sentença penal condenatória, ele deve consumir-se no próprio juízo penal, nos expressos termos do art. 133 do Código de Processo Penal, como uma forma de execução imprópria da sentença.

“Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público.

Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.”

Ora, como se vê, o leilão é um exaurimento da sentença penal, ato portanto do juiz penal, não se lhe aplicando a regra do art. 143, que determina a remessa dos autos ao juízo cível, porque este se refere à especialização da hipoteca legal e ao *arresto*, que são medidas assecuratórias da reparação civil em favor da vítima, conforme expressa remissão legal ao art. 63, que trata da ação civil *ex delicto*.

É certo que o parágrafo único do art. 133 transcrito contém uma imprecisão, mas de menor monta. Não é certo, como sua literalidade

expressa, que sempre, do dinheiro apurado, seja recolhido ao Tesouro o que não couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé. Se há terceiro de boa-fé, o bem *não* vai a leilão, porque não teria cabimento a alienação se o terceiro tem direito sobre o bem em virtude da qualidade de estar em boa-fé. O terceiro, com os embargos procedentes que deve ter interposto (art. 130, II), preservará o bem a seu favor sem que seja levado a leilão. Em situações especiais aplica-se o dispositivo, ou seja, faz-se o leilão e parte se entrega ao terceiro de boa-fé ou ao lesado e parte se recolhe aos cofres da União, como por exemplo no caso de parte ideal ser do terceiro de boa-fé ou do lesado e fração ideal ser proveito da infração. O mesmo pode acontecer se o ofendido, concomitantemente ao sequestro, promoveu arresto ou especialização de hipoteca legal sobre o mesmo bem, caso em que o valor da indenização que lhe é devida terá preferência sobre o perdimento. É o que acontece no caso de a *res furtiva* ser irrecuperável e existir um outro bem, adquirido com a venda do produto do furto. Este outro bem pode ter sido sequestrado porque é proveito da infração, mas há que se resguardar o direito do ofendido. Este não tem direito ao próprio bem, mas tem direito ao valor em dinheiro correspondente a ele, no momento em que for leiloado. Observe-se, contudo, que o ofendido precisa usar de uma das outras duas medidas assecuratórias a seu favor. Inexiste incompatibilidade entre o sequestro (de interesse público) e o arresto ou a especialização da hipoteca legal (de interesse do ofendido). O art. 133 resolve a dupla incidência.

O sequestro pode ser decretado, de ofício, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento de interessado, desde a data da infração, uma vez que existam indícios veementes da proveniência criminosa da coisa. Equivale ao sequestro o indeferimento do pedido de restituição de coisas apreendidas se o fundamento da negativa de devolução for a possibilidade de vir a ser decretado o perdimento na sentença condenatória.

O sequestro, em princípio, recai sobre imóveis (art. 125), podendo incidir sobre bens móveis se não se fizer sua busca e apreensão (art. 132); perdura até o trânsito em julgado da sentença penal e, recaindo sobre imóvel, será inscrito no Registro Imobiliário. Se esta for condenatória e determinar o perdimento, exaure-se esse perdimento por meio do procedimento do art. 133 acima comentado. Se a sentença for absolutória ou de extinção da punibilidade, o sequestro fica, automaticamente, cancelado ou levantado, porque, não havendo possibilidade de perdimento, a cautela desaparece necessariamente.

Haverá, também, cancelamento do sequestro se, decretado antes do início da ação penal, não for esta promovida no prazo de 60 dias, e, no caso da Lei n. 9.613, de 1998, sobre "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, o lapso é de 120 dias. O prazo, porém, pode ser prorrogado ou renovado mediante a decretação de outro sequestro sobre os mesmos bens, já que não existe norma proibitiva, ao contrário da regra que vigora sobre a caducidade das

cautelares no processo civil. Ainda, haverá levantamento da medida se o terceiro atual titular dos bens prestar caução.

Da decisão que determina o sequestro, ou dele indefere o pedido, não cabe recurso, porque não está no rol do art. 581 e também não é definitiva nem tem força de definitiva, o que permitiria que se interpusesse apelação (art. 593, II). A legalidade da decisão pode, todavia, ser conferida mediante mandado de segurança. Da decisão que declara o seu cancelamento cabe apelação, porque ela tem força de definitiva.

O sequestro será autuado em apartado e, contra ele, podem ser opostos três tipos de embargos.

O primeiro é o dos embargos do terceiro estranho (art. 129), que afirma a sua desvinculação total com a infração, como acontece, por exemplo, com a apreensão de coisa que aparentemente é do acusado, mas não é. Esse terceiro não precisa ser o possuidor direto. Pode ser o proprietário ou possuidor indireto, a fim de resguardar sua propriedade ou posse esbulhada pela apreensão judicial.

Os embargos do art. 129 são incondicionados e serão julgados nos termos da lei civil, porque visam à liberação do bem por estar ele excluído da possibilidade, sequer em tese, da apreensão do juízo penal.

A competência para processar e julgar os embargos apresentados nesses termos é do juízo penal, porque se trata de uma medida contra uma providência originária de processo penal, determinando o art. 1.049 do Código de Processo Civil que os embargos serão

distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que determinou a apreensão. A competência é de natureza funcional, fixada pela matéria, civil ou penal, do processo de que emanou a ordem de apreensão, como ocorre com o mandado de segurança, que também pode ser utilizado nas duas esferas (v. *RT*, 577/352).

Basta, portanto, o fato de não ter sido o embargante parte no processo, nem ser adquirente do objeto sequestrado, para estar assegurado o seu direito à exclusão do bem de sua propriedade da indevida e abusiva apreensão e conseqüente decisão de perdimento.

Preleciona Bento de Faria:

“Em conseqüência, quando as cousas sequestradas pertencerem a terceiro, embora não tenham sido encontradas na sua posse, pode apresentar embargos, como tal, para o fim de obter a respectiva restituição”[93].

E, também, Hélio Tornaghi:

“Mas se o terceiro embargar o sequestro não no fundamento de sua boa-fé na aquisição dos bens, mas com apoio na falta dos requisitos exigidos para a decretação do sequestro, isto é, com base no fato de existir prova, indícios sequer da proveniência ilícita dos bens (art. 126), poderá o sequestro ser revogado”[94].

E mais:

“Nos embargos do art. 129, o terceiro nega razão ao próprio sequestro, arguindo que os bens não foram adquiridos pelo acusado (ou indiciado) com os proventos da infração”[95].

Explicando, ainda, a mesma distinção, Sergio M. Moraes Pitombo:

“Costuma-se apartar, no processo penal, o terceiro (arts. 125 e 129 do Código de Processo Penal) do terceiro de boa-fé (art. 130, n. II, do Código de Processo Penal). Simples terceiro seria o senhor e possuidor do bem sequestrado, estranho ele ao delito, por completo alheio à infração penal”[96].

Diferente é a situação dos embargos do art. 130, que prevê duas situações: a dos embargos do acusado, sob o fundamento de não terem sido os bens adquiridos com os proventos da infração, e a dos embargos do terceiro adquirente dos bens, o qual alega boa-fé. Só é admissível a alegação de boa-fé se os bens foram adquiridos a título oneroso.

Estes embargos somente serão julgados depois de transitada em julgado a sentença condenatória, aplicando-se, então, o que se comentou quanto ao art. 133. Se forem procedentes, excluir-se-ão os bens do perdimento ou excluir-se-á a parcela sobre a qual aquele não incide, quer do acusado, quer do terceiro de boa-fé.

Como se vê, o sequestro é medida de interesse público e que visa a assegurar o perdimento ou confisco de bens como efeito da condenação.

As outras duas medidas assecuratórias previstas no Capítulo, que são a especialização da hipoteca legal e o arresto, de outro lado, têm por finalidade acautelar a reparação civil do dano causado pelo delito, em favor do ofendido ou seus sucessores.

Com a prática da infração, instituiu-se, em favor do ofendido, hipoteca legal sobre os imóveis do acusado. Essa garantia, contudo, precisa ser documentada, daí a necessidade de sua especialização,

por meio do procedimento previsto nos arts. 134 e s. do Código de Processo Penal. A especialização da hipoteca legal é um procedimento que tem por finalidade definir os bens sobre os quais incide, estimar, provisoriamente, o valor do dano e promover a inscrição da hipoteca no Registro Imobiliário. Procedente a ação penal, como a sentença penal condenatória torna certo o dever de reparar o dano, a hipoteca será executada no juízo cível, onde, previamente, será liquidado, em liquidação por artigos, o valor da indenização.

O requerimento de especialização da hipoteca legal do ofendido, de seu representante legal, de seus sucessores ou do Ministério Público, se o ofendido for pobre, depende de já estar instaurada a ação penal, exigindo certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

No pedido, a parte estimará o valor da responsabilidade civil e designará e estimará os bens imóveis em que incide, indicando as provas em que se funda. O juiz determinará o arbitramento da responsabilidade e a avaliação dos imóveis, designando perito para tal onde não houver avaliador oficial. Ouvidas as partes, no prazo de 2 dias que correm em cartório, o juiz fixará o valor da hipoteca, podendo corrigir o valor proposto pelo perito. Em seguida, determinar-se-á a inscrição da hipoteca, que somente atingirá imóveis na quantidade suficiente para dar cobertura ao ressarcimento da responsabilidade estimada.

A hipoteca poderá ser substituída por caução idônea prestada pelo réu, segundo o princípio geral da fungibilidade das cautelares.

Finalmente, o *arresto* poderá ser decretado em duas situações: 1) como preparatório da hipoteca legal (art. 136) para que ela não seja frustrada pela dilapidação do patrimônio e porque só pode ser requerida depois de iniciado o processo penal, e depende de certo tempo de efetivação; e 2) se o acusado não possuir bens imóveis ou estes forem insuficientes para a reparação do dano, caso em que incidirá sobre bens móveis penhoráveis.

No primeiro caso, o *arresto* poderá ser decretado até de ofício, mas será revogado se o pedido de inscrição da hipoteca legal não for feito no prazo de 15 dias. Esse prazo é prorrogável desde que haja justo motivo, como por exemplo não ter sido instaurada a ação penal que possibilitaria a especialização da hipoteca.

A inscrição da hipoteca e o *arresto*, em princípio, serão requeridos pelo ofendido, seu representante legal ou sucessores, mas poderão sê-lo pelo Ministério Público se o ofendido for pobre ou se houver interesse da Fazenda Pública (art. 142). Tal regra encontra-se superada pelas atribuições constitucionais do Ministério Público (art. 129 da Constituição) que não pode exercer função de advogado. Quanto ao ofendido pobre, o Supremo Tribunal Federal ainda admite a legitimidade do Ministério Público se não houver defensoria pública instalada para atendê-lo, em caráter excepcional; quanto à Fazenda, não há mais razão nenhuma para se manter o dispositivo tendo em vista que tem ela seus procuradores.

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, os autos da especialização da hipoteca e do *arresto* serão remetidos ao juízo

cível, onde será executada a sentença penal, nos termos do art. 63 do Código.

As duas providências cautelares, da mesma forma que o sequestro, serão levantadas ou canceladas se a sentença penal for absolutória ou de extinção da punibilidade, quando transitarem em julgado (art. 141).

A especialização e o arresto poderão ser requeridos, no juízo cível, contra o terceiro responsável civil, pelos mesmos legitimados, como preparatório ou incidental de processo de conhecimento condenatório, porque o terceiro responsável, não sendo parte no processo penal, não terá contra si título executivo judicial decorrente da sentença penal. Contra o terceiro, o título executivo será somente a sentença civil, mas sua execução estará garantida pela hipoteca ou arresto (art 143).

43. DO INCIDENTE DE FALSIDADE

Apresentado um documento no processo, poderá ser arguida por escrito a sua falsidade, tanto material quanto ideológica.

No processo penal, a instauração do incidente não é indispensável, ou seja, dada a liberdade de apreciação da prova que tem o juiz criminal, poderá ele afastar a validade de um documento sem que haja necessidade de se instaurar o procedimento incidental. Assim, por exemplo, se o documento é manifestamente falso, ou se o processo inteiro está dirigido à prova de sua falsidade, como acontece nos processos por crime de falso, não há que se falar em incidente de falsidade.

Este, no processo penal, instaura-se somente se houver necessidade de dilação probatória especial, que venha a acarretar um desvio do desenvolvimento normal do procedimento. Caso contrário, não há necessidade de se instaurar procedimento incidental distinto.

No processo penal, portanto, o incidente de falsidade *não* é uma ação declaratória incidental, mas é um simples incidente probatório, para subsidiar o juiz quanto à apreciação de um documento enquanto prova a influir na decisão. A conclusão do incidente não faz coisa julgada em face de outro processo civil ou penal (art. 148).

A situação é diametralmente inversa no processo civil, em que o incidente é uma ação declaratória incidental, que produzirá sentença com autoridade de coisa julgada, e é indispensável para que o juiz possa afastar a fé que emana do documento.

Por outro lado, como todas as provas, o pedido de instauração do incidente passa pelo exame de pertinência e relevância por parte do magistrado, ou seja, se o documento não puder influir no resultado final também não haverá instauração do incidente.

A arguição da falsidade, se feita por procurador, deve sê-lo por procurador com poderes especiais (art. 146), a fim de definir a responsabilidade pela imputação do falso. Essa exigência, contudo, só é admissível se o acusado estiver presente e puder outorgar os ditos poderes especiais, porque, se ele estiver ausente ou for incapaz, estará o defensor autorizado a fazer a arguição independentemente deles, em virtude da ampla defesa constitucionalmente garantida.

A verificação da falsidade poderá, também, tendo em vista os poderes inquisitivos do juiz em relação à prova, ser determinada de ofício pelo magistrado.

Deferida a instauração do incidente, o juiz mandará autuar a impugnação em apartado, determinando a audiência da parte contrária em 48 horas. Em seguida, as partes terão o prazo de 3 dias, sucessivamente, para apresentar ou propor prova de suas alegações, decidindo o juiz sobre o seu deferimento, ou não.

O incidente encerra-se com decisão reconhecendo, ou não, a falsidade. Poderá, o juiz, ainda, somente deixar de declarar a falsidade por falta de elementos, o que não significa declaração de autenticidade e veracidade do documento. Essa decisão, em qualquer caso, terá efeito exclusivamente interno e repercutirá na fundamentação da sentença de mérito.

Da decisão que resolve o incidente cabe recurso no sentido estrito (art. 581, XVIII). Todavia, esse recurso tem menos utilidade do que parece, porque com ou sem ele o juiz ou o tribunal não deixará de apreciar a integridade do documento ao proferir a sentença de mérito, já que é em sua fundamentação que vai repercutir a fé que o documento merece.

Não posso admitir que, na falta de recurso, ao apreciar a apelação, o tribunal fique impedido de reexaminar a questão da falsidade, que será premissa necessária de sua conclusão. Entendo, pois, que, por meio da apelação, devolve-se toda a matéria ao conhecimento do tribunal.

Se a falsidade for reconhecida, em decisão irrecorrível, o juiz mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do incidente, ao Ministério Público. Essa providência, aliás, deverá ser tomada ainda que o incidente não tenha sido instaurado, desde que se reconheça a existência de qualquer outra infração penal nos autos.

44. DA INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO

Se houver fundada dúvida sobre a insanidade mental do acusado, o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do acusado, deverá determinar a instauração do incidente de insanidade a fim de que seja ele submetido a exame médico-legal, para aferição de sua imputabilidade[97].

O exame será sempre específico para os fatos relatados no inquérito ou no processo, e não pode ser substituído por interdição civil ou exame de insanidade realizado em razão de outro fato. Isto porque, em virtude do sistema biopsicológico sobre a inimputabilidade acolhido pelo Código Penal, os peritos devem responder se *à época do fato* o acusado era, ou não, capaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se segundo esse entendimento. Logo, não pode haver aproveitamento de outro exame referente a outro fato.

Outro exame de insanidade ou a interdição civil serão elementos circunstanciais que levam à determinação da realização do exame específico, mas não o substituem.

Havendo suspeita de insanidade, o exame é indispensável, mas não se realizará se nenhuma dúvida pairar sobre a capacidade mental do acusado. Simples alegação não basta para a instauração do incidente, que, ademais, causa gravame ao próprio acusado.

O exame de insanidade, que será autuado em apartado para depois ser apensado aos autos principais, poderá ser instaurado desde a prática do fato, mas será sempre determinado pelo juiz competente. Instaurado o incidente, o juiz nomeará curador para o acusado, ficando suspenso o processo principal se já iniciado, salvo quanto a diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento, caso em que serão acompanhadas pelo curador. As partes podem formular quesitos, devendo necessariamente responder às questões extraídas do art. 26 do Código Penal.

Se o acusado estiver preso, será internado em estabelecimento especializado de cada Estado para o exame. Se estiver solto, os peritos estabelecerão a forma do exame, se em ambulatório ou mediante internação, determinando-se esta, também, se o acusado frustrar o exame deixando de comparecer às sessões de análise.

O prazo para a realização do exame é de 45 dias, mas esse prazo pode ser renovado tantas vezes, dentro do razoável, quantas houver necessidade segundo proposição dos peritos.

O incidente não terá decisão do juiz, porque a imputabilidade será examinada como elemento a ser considerado na sentença de mérito, retomando, apenas, o processo o seu curso, com a apresentação do laudo pericial. Se este concluir pela inimputabilidade ou semi-imputabilidade, o processo retomará o seu curso com a presença do

curador. Se concluir pela imputabilidade, prosseguirá independentemente dele.

O juiz não ficará necessariamente vinculado ao laudo, mas, se o contrariar, deverá ter elementos para fundamentar sua decisão.

O art. 152 regula a hipótese de a doença mental ter sobrevivido à infração, estabelecendo:

“Se se verificar que a doença mental sobreviveu à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.

§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença”.

Esse dispositivo, contudo, é manifestamente inconstitucional, encontrando-se, pelo menos parcialmente, revogado pela Constituição de 1988 porque viola o princípio do devido processo legal e a presunção de inocência. Sem culpa formada, ou seja, sem que haja reconhecimento da existência do fato punível em todas as suas circunstâncias, o acusado permanece à disposição da justiça penal por tempo indeterminado, isto é, até que se restabeleça. O artigo, em outras palavras, preconiza a restrição à liberdade, imposta e mantida pelo juiz criminal sem que se tenha verificado por sentença a existência de infração penal. Viola o artigo, ainda, a presunção de inocência constitucionalmente garantida, porque, sem

sentença transitada em julgado, presume-se que seja culpado e mereça restrição da liberdade de origem criminal.

De duas uma: ou o processo permanece suspenso até que o acusado se restabeleça e nenhuma restrição de ordem penal pode ser-lhe aplicada, ou o processo deve seguir seus trâmites normais até a sentença e seu trânsito em julgado, e somente se se reconhecer a sua culpabilidade poderá sofrer ele restrição penal, que será a pena e não a medida de segurança. A pena, então, será cumprida, se privativa da liberdade e em circunstâncias que exijam o recolhimento mediante internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, conforme preconiza a Lei de Execução Penal, no art. 108, para o caso de a doença mental sobrevir ao início do cumprimento da pena.

Em resumo, ao doente mental que não o era na época do fato não pode ser aplicada nenhuma restrição de natureza penal diferente da que pudesse ser aplicada ao acusado são, nem poderá sua situação ser agravada em virtude da doença mental.

Das duas interpretações acima aventadas, ou seja, suspensão do processo com liberação do acusado ou prosseguimento da ação para que se defina a existência, ou não, do crime, cumprindo-se a pena aplicada, se assim for o correto para o caso, como se o acusado estivesse são, na forma de internação em estabelecimento especializado, a segunda me parece a mais consentânea com o direito que têm as pessoas de ter sua situação processual penal esclarecida de forma definitiva.

Finalmente, como já se referiu, se a doença mental sobrevier à execução da pena, esta será cumprida, pelo prazo que foi imposto na sentença e com os mesmos benefícios do acusado são, até a extinção de toda e qualquer restrição emanada da sentença penal, em estabelecimento psiquiátrico, conforme determina o art. 108 da Lei de Execução Penal.

CAPÍTULO VIII

DA PROVA

45. TEORIA GERAL DA PROVA

45.1. Introdução

Para poder declarar a procedência ou improcedência do pedido, o juiz examina a questão em dois aspectos, evidentemente interligados, mas que podem ser lógica e idealmente separados: o direito e o fato.

Apesar de superada pelas modernas teorias da filosofia do direito, a explicação de que a sentença contém um silogismo é bastante elucidativa e pode ser utilizada para ilustrar o processo de aplicação do direito ao caso concreto.

É possível entender que o juiz, na sentença, desenvolve um raciocínio silogístico. A premissa maior é a norma jurídica, norma geral de conduta; a premissa menor é a situação de fato concreta; a conclusão é a decisão de procedência ou improcedência do pedido.

Se a interpretação do direito é função da mais alta relevância no processo de efetivação da ordem jurídica, ela somente se torna possível mediante a análise de uma situação de fato trazida ao conhecimento do juiz.

De nada adianta o direito em tese ser favorável a alguém se não consegue demonstrar que se encontra numa situação que permite a incidência da norma. Ou ao contrário, especialmente o que ocorre no plano penal: de nada adianta haver suspeita de que alguém violou a lei criminal, mas de nada adianta essa suspeita, que não passa de uma opinião íntima, se não se trazer aos autos a prova de que estão presentes os elementos necessários à condenação. Aliás, no plano prático é mais importante para a atividade das partes a demonstração dos fatos do que a interpretação do direito, porque esta ao juiz compete, ao passo que os fatos a ele devem ser trazidos, em princípio, pelas partes.

45.2. Conceito de prova

A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém.

O direito processual regula os *meios* de prova, que são os instrumentos que trazem os elementos de prova aos autos.

No processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra “prova” é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar.

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou

um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Liebman: por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos) (tradução nossa)[98].

Para isso, a parte deve utilizar-se de meios juridicamente possíveis, dentro dos procedimentos previstos no Código, no momento adequado. Os meios de prova devem ser, portanto, idôneos e adequados, bem como formalmente corretos.

A doutrina costuma classificar as provas segundo vários critérios[99].

Assim, quanto ao objeto, as provas podem ser diretas ou indiretas. As primeiras são as destinadas a demonstrar o próprio fato principal da demanda, ou seja, aquele cuja existência, se comprovada, determina a consequência jurídica pretendida; as provas indiretas são as destinadas à demonstração de fatos

secundários ou circunstanciais, dos quais se pode extrair a convicção da existência do fato principal. A prova indireta é a prova de indícios.

Quanto ao sujeito de que emana, as provas podem ser pessoais ou reais, consistindo as primeiras em depoimentos de testemunhas e das partes, e as últimas em objetos ou coisas.

Quanto à preparação, as provas podem ser casuais ou simples e pré-constituídas, sendo estas as previamente criadas com a finalidade probatória em futura demanda hipotética.

45.3. Objeto da prova

O objeto da prova são os fatos. Nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos a atividade probatória. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil.

Além de pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes, que são os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa. Os fatos irrelevantes são, na realidade, também impertinentes.

Diferentemente do que ocorre no processo civil, no processo penal os fatos notórios também dependem de prova se corresponderem a elementares do tipo penal. Não é porque a morte de alguém seja fato notório que poderá ser dispensado o exame de corpo de delito. São dispensados de prova os fatos notórios circunstanciais, observando-se que basta a notoriedade relativa, que

é aquela que abrange o local do processo e o tribunal que julgará em segundo grau.

No mesmo sentido, a falta de controvérsia sobre um fato não dispensa a prova. A confissão, por exemplo, que elimina a controvérsia sobre a autoria, não dispensa a necessidade de outras provas sobre ela e que, aliás, deverão corroborá-la.

Finalmente, independem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Mais adiante serão estudadas as presunções, mas desde logo pode adiantar-se que, se a lei dá como verdadeiro determinado fato, está a parte dispensada de prová-lo, em sendo a presunção absoluta. Em sendo a presunção relativa, a parte em favor de quem milita a presunção não precisa prová-lo, incumbindo à parte contrária o ônus de produzir, se for o caso, a prova contrária.

Em resumo, conclui-se que o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, e não submetidos a presunção legal.

Não existe, no CPP, regra sobre a prova do direito, mas pode aplicar-se, por analogia, o constante no art. 337 do Código de Processo Civil.

Excepcionalmente o direito pode ser também objeto de prova. Se se tratar de direito federal nunca; apenas se se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário o juiz pode determinar que a parte a quem aproveita lhe faça a prova do teor e da vigência.

O juiz é obrigado a conhecer o direito federal em caráter absoluto. Já os demais direitos, porque de aplicação incomum ou limitada, pode o juiz desconhecê-los, carreando à parte o ônus de prová-los. Todavia, em se tratando de direito estadual e municipal do local em que o juiz está exercendo suas funções, entende a doutrina que incumbe também ao juiz conhecê-los, não podendo determinar a prova à parte. Basta que o juiz investigue nos repertórios próprios ou junto ao Município em que exerce a judicatura.

A prova do direito estrangeiro se faz pela apresentação dos compêndios de legislação atualizados, por certidão diplomática, por pareceres ou livros de doutrina e, se for o caso, até por testemunhas que tenham conhecimento jurídico, cabendo ao juiz o cauteloso arbítrio em valorar tal prova, especialmente se sobre o direito estrangeiro instaurar-se controvérsia.

A prova do direito estadual ou municipal se faz ou por repertórios oficiais ou reconhecidos, ou por certidão do Estado ou Município de que emana a norma. Impossível é a prova da vigência (apesar da exigência do art. 337 do CPC), porque ninguém pode no Estado ou no Município atestar ou certificar que determinada norma está em vigor, porquanto a vigência, muitas vezes, depende de interpretação que só ao juiz cabe definir. Quando muito pode o Estado ou o Município certificar que não consta revogação expressa, cabendo à parte interessada levar ao juiz outros elementos de convicção sobre a vigência. Aliás, como as leis, em princípio, são aprovadas para vigência por tempo indeterminado, não havendo revogação

expressa, presume-se, em caráter relativo, que estão em vigor, invertendo o ônus de provar que não estão para a parte contrária.

A prova do direito costumeiro se faz por todos os meios admissíveis em juízo, inclusive a juntada de sentença anterior que o tenha reconhecido, ressalvada a competência das Juntas Comerciais para a expedição de certidões sobre o costume consagrado mediante assento, registrados em livros próprios. Podem, também, as Juntas fornecer atestados de costumes comerciais ainda não assentados.

No processo penal pode ser necessária a prova de direito estadual ou municipal na hipótese de normas penais em branco que devem ser integradas por um desses direitos, ou no caso da análise de elementos normativos do tipo, quando se exige a compreensão do que seja “sem justa causa”, “indevidamente” etc. A questão relativa ao direito estrangeiro, por sua vez, surge quando há necessidade de serem aplicadas normas de extraterritorialidade (por exemplo, o art. 7º, § 2º, *b*, do CP).

45.4. Meios de prova. Meios ilícitos

Meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato.

O Código disciplina os seguintes meios de prova: o exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184), o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), a confissão (arts. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201), as testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os

indícios (art. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250). Os indícios, como adiante se verá, não são meios de prova.

Esses são os chamados meios legais.

Outros, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade.

É admissível, portanto, uma inspeção judicial, não disciplinada expressamente no Código de Processo Penal, mas adequada ao processo ocidental, tanto que está prevista no Código de Processo Civil.

Não serão admissíveis as ordálias, ou juízos divinos, segundo as quais as pessoas eram submetidas a provas físicas para demonstrar que tinham razão. Igualmente inadmissível a prova fundada em crença sobrenatural que escapa às limitações da razão, conforme atualmente reconhecida.

Essa é a primeira hipótese de ilicitude da prova, ou seja, a ilicitude porque o meio não é previsto na lei e não é consentâneo com os princípios do processo moderno, logo não será admitido.

Há duas outras situações de ilicitude, ainda que o meio seja disciplinado no Código.

O segundo caso de ilicitude é a que decorre da imoralidade ou impossibilidade da produção da prova. O exemplo clássico seria o da reconstituição de um estupro ou de uma inundação ou grande incêndio.

A terceira hipótese de ilicitude é a que decorre da ilicitude da obtenção do meio de prova.

O art. 5º, LVI, da Constituição da República considera inadmissíveis os meios de prova obtidos por meio ilícito.

Tal disposição é resultante da opção do texto constitucional pela corrente mais rigorosa a respeito da ilicitude do meio de prova, em virtude da ilicitude da origem ou da obtenção[100]. Outras correntes doutrinárias e jurisprudenciais admitiam a produção da prova obtida nessas condições ou a admitiam em termos, somente na hipótese de o bem jurídico alcançado com a prova ser de maior valor que o bem jurídico sacrificado pela ilicitude da obtenção. Esta última posição era a acolhida pelas decisões judiciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que sempre fazia uma análise do peso dos valores jurídicos envolvidos.

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam

ser imaginadas em que deve prevalecer princípio constitucional de maior valor do que a proibição da obtenção da prova de forma ilícita.

Disciplinando o tema dispõe o art. 157 do Código com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008:

"Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)".

A norma é uma das inúmeras contidas no pacote de leis de reforma do Código do ano de 2008 e, entre outras coisas, no geral, pecam pela falta de sistemática e inviabilidade prática de sua implementação, como se exporá toda vez que forem analisados ou explicados dispositivos decorrentes das novas disposições. Mas considerando o fato inevitável de que *legem habemus*, cabe ao intérprete tentar aplicá-la de acordo com o sistema e de modo que não leve a absurdos.

Como acima se disse a ilicitude da prova não decorre apenas da ilicitude do meio de obtenção. De qualquer forma quis o legislador, na esteira da Constituição, preocupar-se com a ilicitude da origem, mas fê-lo mal. Quando se diz de ilicitude da prova não há necessidade de se apontar norma constitucional ou legal violada. A ilicitude decorre do sistema global da ordem jurídica, de modo que devemos entender como ilícita a obtenção que viole a ordem jurídica, não necessariamente a escrita na Constituição ou em lei formal.

O § 1º adotou a teoria do direito anglo-americano no sentido de que “a árvore má não pode produzir bons frutos”, estendendo a ilegalidade às provas derivadas. A dificuldade, porém, encontra-se nas ressalvas: não estar evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira. A primeira ressalva dá a entender que somente será considerada ilícita a prova decorrente se *evidente* o nexo de causalidade, o que não é o caso. Cabe ao juiz, independentemente de ser evidente, ou não, declarar se a prova guarda relação de causalidade pelos meios normais de convicção, inexistindo presunção em favor de ser ela ou não decorrência da outra reconhecida como indevida. Quanto à segunda ressalva, a situação é mais difícil, porque é praticamente impossível saber se uma prova pode ser obtida por outro meio. Por exemplo, numa confissão obtida por meio de tortura, o indiciado informa o local em que se encontram as coisas roubadas, com relação às quais a autoridade lavra auto de apreensão, alegando ter obtido a

informação por denúncia anônima. Não é necessário demonstrar as dificuldades de o juiz concluir qual a versão verdadeira, mesmo porque o conceito de fonte independente do § 2º é de tal maneira vago que não traz subsídio nenhum para resolver o problema.

O § 3º é a prova patente da falta de sistemática da reforma. O Código não prevê "incidente de inutilização de prova ilícita" nem o que deve preceder a decisão de desentranhamento. Caberá ao juiz inventá-lo, seguindo os princípios gerais de processo: deve permitir a manifestação das partes sobre a licitude ou ilicitude da prova, permitir a produção de prova sobre as razões da alegada ilicitude e permitir, também, nova manifestação após colhidas as provas decidindo em seguida. Acredita a Lei que, preclusa a decisão sobre a ilicitude e o desentranhamento, proceder-se-á à inutilização. Nem uma coisa nem outra! Não há previsão de recurso contra a decisão que determina o desentranhamento. Trata-se de interlocutória simples contra a qual não cabe apelação (art. 593) ou recurso no sentido estrito (art. 581). As decisões interlocutórias irrecorríveis não precluem e poderão ser objeto de reexame como preliminar do recurso contra a sentença final, de modo que somente nessa oportunidade é que poderá ocorrer a preclusão. De outra parte, a declaração da ilicitude da prova em virtude de sua indevida obtenção não quer dizer que a prova seja totalmente imprestável para qualquer fim e mereça ser incinerada. Pode, até, tratar-se de documento de valor histórico, objeto de valor artístico etc.! O que o juiz penal decide é se a prova pode, ou não, ser utilizada naquele processo e em face de determinado réu, recusando sua utilização se

a obtenção for ilícita. Não quer dizer que mereça ser picotada ou o anátema do fogo. O que deve fazer, então, o juiz quando houver arguição de ilicitude na obtenção de prova? Deve dar oportunidade para as partes se manifestarem, determinar provas se necessário, que poderão ser realizadas em apartado se vierem a perturbar o andamento do processo e decidir. Se a decisão for pela ilicitude e desentranhamento, a prova deverá ficar preservada em cartório até o trânsito em julgado da sentença, porque o Tribunal, em grau de apelação, poderá querer examiná-la e poderá rever a declaração de ilicitude.

45.5. Ônus da prova[\[101\]](#)

45.5.1. Introdução

A questão sobre o ônus da prova, reconhece a doutrina, é das questões basilares do direito processual. Quem deve provar? Qual a consequência para aquele que deveria provar e não o fez ou o fez insuficientemente?

Sobre essas duas perguntas assenta todo o problema do ônus da prova.

Como já se disse, toda pretensão punitiva tem por fundamento um fato. Extraíndo consequências jurídicas desse fato a acusação formula o pedido que será objeto de decisão jurisdicional. A acusação, inicialmente, afirma um fato, o qual, contudo, pode não corresponder à verdade. Por sua vez, o réu pode opor afirmação contrária, ou negando o fato da acusação, ou aduzindo fato diferente, que impede, extingue ou modifica a pretensão punitiva, afirmação essa que também não se sabe se é verdadeira.

O Código de Processo Penal tem uma disposição sobre o ônus da prova interligada com a disciplina dos poderes do juiz:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Esse poder, como adiante se verá, não é ilimitado, de modo que, em princípio, a iniciativa probatória é das partes, cabendo a definição quanto ao ônus de cada uma, acusação ou defesa.

O instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios prévios: 1º) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com um *non liquet*; 2º) o princípio da imparcialidade, segundo o qual o juiz não pode tornar-se acusador ou defensor, quer quanto à iniciativa da ação, quer quanto à iniciativa da prova; 3º) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*).

Dessas premissas decorre a necessidade de serem estabelecidas regras sobre o encargo que cada parte tem para a prova dos fatos alegados, bem como consequências da falta de prova.

45.5.2. Esboço histórico e direito comparado

No direito romano anterior ao período formulário, as referências ao ônus da prova são escassas, o que se justifica não só porque o direito romano se fundava no princípio do livre convencimento do juiz, cabendo às partes, por sua conta e risco, formular suas afirmações quanto a fornecer as provas, mas também porque o juiz era autorizado a não se pronunciar sobre a contenda, quando não suficientemente instruída, pelo *sibi non liquere*. No *Corpus Juris Civilis*, dois títulos ocupam-se da matéria (D. 22.3 e C. IV.19). Já se entrevê nos textos a preocupação de distinguir os diversos tipos de alegações que as partes podem fazer em juízo e a distribuição do ônus de provar a uma ou outra, dependendo da natureza da alegação. São do direito romano os brocardos: *actore non probante, reus absolvitur* (se o autor não fizer prova, absolve-se o réu); *probatio incubit qui dicet, non qui negat* (a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega); *in excipiendo reus fit actor* (apresentando exceção, o réu se torna autor); e *negativa non sunt probanda* (os fatos negativos não devem ser provados).

Essas regras práticas, ainda hoje na prática forense utilizadas, não tinham verdadeiro caráter científico, conforme demonstrou a doutrina processual e filosófica posterior, mas repercutem até hoje, como se vê no art. 156 acima transcrito.

Durante a prevalência do direito germânico, o processo era dividido em duas fases: uma relativa à sentença de prova, onde o juiz declarava a quem cabia o ônus, geralmente o réu, porque o autor não reclamava um direito seu, mas a injustiça do comportamento do réu; e a segunda em que a parte sujeita ao ônus devia produzir a prova, que em geral tinha um caráter formal absoluto, determinando o prejulgamento da causa.

Após o ano 1000, com o ressurgimento do direito romano, voltam a ser aplicados os princípios acima aludidos do direito romano clássico, com a limitação, porém, da atividade judicial, segundo a regra *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes). Cada parte formulava suas *positiones*, competindo-lhe a prova de suas afirmações desde que houvesse controvérsia. Os mesmos princípios foram seguidos pelos glosadores (Bulgaro, Bartolo, Baldo etc.), com pequenas adaptações à sociedade medieval da época.

As Ordenações Filipinas, no Livro III, n. 25, 52 e 10, em princípio seguiram as ideias do direito romano, limitando, porém, os efeitos da regra *negativa non sunt probanda*, porque as negativas podem ser provadas quando determinadas quanto a tempo e lugar e, daí, poderem converter-se em afirmativas.

45.5.3. Teorias modernas sobre o ônus da prova

Chiovenda, depois de reconhecer as dificuldades de formulação de regras rígidas sobre a repartição do ônus da prova, lembra que o problema está ligado ao princípio dispositivo ou de iniciativa de parte, porque, se ao juiz incumbisse a investigação plena da prova, a

questão não existiria. Em resumo, Chiovenda resolve o problema pelo interesse que cada parte tem em provar determinado fato, porque deseja que seja considerado pelo juiz como verdadeiro. Os critérios, portanto, seriam de mera oportunidade.

Carnelutti objetou que o critério do interesse é equívoco, porque, alegado um fato, ambas as partes têm interesse em direção oposta. O interesse na afirmação de certo fato é unilateral, só de quem serve de base para o pedido, mas o interesse na prova é bilateral: um quer fazer prova, e outro contraprova. A distribuição do ônus da prova, portanto, não pode fundar-se no interesse de provar, mas no interesse em afirmar certo fato: ao autor interessa afirmar os fatos constitutivos de seu direito e, portanto, compete prová-los, e ao réu interessa afirmar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, daí, também, o ônus de a estes provar.

Betti considerou que mesmo a colocação de Carnelutti é ambígua, concluindo que o ônus da afirmação, decorrente do pedido ou da exceção, é que gera o ônus da prova, em virtude da igualdade das partes. O autor, para obter o resultado favorável, deve afirmar certos fatos e conseqüentemente prová-los, sob pena de perder a demanda; o réu tem interesse em contraprovar, mas não o ônus, que se limita aos fatos que precisa afirmar para impedir a consequência jurídica pretendida pelo autor.

Micheli entende que a repartição do ônus da prova é definida pela posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir, verificando-se como se manifesta o processo em concreto. Em princípio, porém, ao autor incumbe a prova do fato constitutivo

de seu direito e ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. A grande contribuição de Micheli, contudo, foi a de salientar que as regras do ônus da prova são, para o juiz, regras práticas de julgamento, ou seja, para a resolução da demanda em face da falta ou insuficiência de prova de algum fato.

45.5.4. Ônus subjetivo e ônus objetivo

Por muito tempo somente se considerou o ônus da prova sob o aspecto subjetivo, ou seja, da necessidade de a parte provar para vencer ou das consequências para a parte que deveria provar e não o fez. A doutrina processual austríaca viu outro aspecto do ônus da prova, o ônus objetivo, voltado para o juiz, o qual deve levar em consideração toda a prova constante dos autos independentemente de quem a tenha produzido. À parte incumbe o ônus da prova de determinados fatos (ônus subjetivo), mas ao apreciar a prova produzida não importa mais quem a apresentou, devendo o juiz levá-la em consideração (ônus objetivo).

Há que se reconhecer a impropriedade da expressão “ônus objetivo”, porque o juiz não tem ônus, mas dever funcional de decidir, ainda que a prova seja complexa ou os fatos estejam incertos. Podemos, também, chamar o “ônus objetivo” de princípio da comunhão da prova, ou seja, a prova vale para ambas as partes independentemente de quem a tenha produzido. Daí se dizer que a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz.

45.5.5. Sistema legal brasileiro

O Código, como acima se referiu, contém apenas uma regra sobre o ônus da prova: a de que incumbe às partes a prova de suas

alegações, podendo o juiz determinar provas de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, como a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida e determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A regra é, manifestamente, insatisfatória.

A construção da teoria do ônus da prova no processo penal pode partir, então, do critério vislumbrado por Micheli e acolhido pelo Código de Processo Civil, de que à acusação cabe a prova do fato constitutivo de sua pretensão ou de seu direito, que são as elementares do tipo e a autoria.

Fatos constitutivos são aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. A relevância ou não de determinado fato para a produção de certo efeito jurídico é dada pelo direito material, porque nele estão definidas as relações jurídicas e os respectivos fatos geradores de direitos subjetivos. A acusação afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito, a condenação; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra a acusação. O juiz julgará o pedido improcedente se a acusação não provar suficientemente os fatos elementares do tipo e a autoria.

Ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, ou

seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão – são desse tipo as excludentes.

O descumprimento do ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação.

Ônus imperfeito ou diminuído é o que não acarreta necessariamente a preclusão ou não acarreta consequências irreversíveis. Assim, o ônus de denunciar é ônus imperfeito ou diminuído porque o decurso do prazo não acarreta a perda da legitimidade para oferecê-lo.

Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor.

Não tem cabimento, pois, a divergência jurisprudencial a respeito do ônus da prova do casamento anterior no crime de bigamia. Trata-se de elemento do tipo, logo, o ônus é da acusação. Se é certo que a simples negativa do réu não prevalece diante da certidão de casamento, de outro lado, se houver dúvida sobre esse antecedente necessário, impõe-se a absolvição

porque o casamento anterior é fato constitutivo da pretensão punitiva.

É importante repetir que, conquanto a prova do fato constitutivo incumba à acusação, isto não quer dizer que o réu não tenha interesse em fazer contraprova do fato constitutivo ou prova de sua inexistência, alegando, por exemplo, um álibi. É evidente que o réu tem interesse em demonstrar que o fato da imputação não existiu ou não ocorreu da maneira afirmada. No momento do julgamento, porém, o juiz apreciará toda prova (e contraprova) produzida e, se ficar na dúvida quanto ao fato constitutivo, em virtude do labor probatório do réu, ou não, o juiz julga a ação improcedente. O mesmo vale, em face do réu, quanto ao fato extintivo, modificativo ou impeditivo, se nenhuma prova veio aos autos sobre eles, bastando, porém, a dúvida para a absolvição.

Com essas explicações, verifica-se que não têm mais valor processual aquelas regras romanas consagradas em brocardos acima aludidos (n. 45.5.2), a não ser que sejam manifestações das regras neste item apontadas. Assim, por exemplo, o brocardo *negativa non sunt probanda* é absolutamente inadequado em face do direito vigente, porque, se a inexistência de um fato é colocada pela lei material como constitutiva de um direito, ao autor incumbe provar que o fato não existe. A prova do fato inexistente se faz provando-se um fato contrário positivo. O que é impossível de se provar não é o fato negativo (que se converte num positivo contrário), mas o fato indeterminado (ex.: provar que alguém nunca esteve em determinado lugar). Todavia, os fatos indeterminados acabam

perdendo sua relevância no plano do direito material e, portanto, como irrelevantes não são objeto de prova. Para serem relevantes devem os fatos ter certa determinação, o que os torna passíveis de prova.

É também de se observar que o fato constitutivo que à acusação incumbe provar é aquele que, consubstanciando o fundamento jurídico do pedido, se existente, gera a consequência jurídica imediatamente pretendida: elementos do tipo e autoria. As condições gerais, como, por exemplo, o dolo, nas ações em geral, e a imputabilidade, são presumidas, somente se tornando objeto de prova se controvertidas.

Por outro lado, se milita em favor de certo fato uma presunção legal de existência ou veracidade e a presunção é relativa, inverte-se o ônus da prova, sem se esquecer jamais que a dúvida milita em favor do réu.

Sobre as presunções, legais e humanas, discorrer-se-á mais adiante.

45.6. Momentos da prova

Três são os momentos da prova: o momento do requerimento ou propositura, o momento do deferimento e o momento da produção.

Cada meio de prova tem seus próprios momentos, que serão examinados adiante, mas sobre eles é possível formular algumas regras gerais.

Para a acusação, em princípio, a prova deve ser requerida ou proposta na denúncia ou queixa; para a defesa, na defesa prévia.

Todavia, os princípios da verdade real e da ampla defesa permitem maior elasticidade quanto à propositura da prova, ou seja, se necessária à verdade, a prova pode ser proposta e determinada a qualquer tempo.

Se requerida ou proposta nesses momentos, o juiz ou examina expressamente sua pertinência, deferindo ou indeferindo sua produção, ou a defere implicitamente, marcando a data de sua realização, como acontece com as testemunhas.

É importante lembrar, contudo, que todas as provas passam pelo exame de pertinência e relevância, porque no processo não devem ser praticados atos inúteis.

As provas orais são produzidas em audiência ou audiências. A pericial na fase policial ou em juízo. A documental a qualquer tempo, respeitada a oportunidade de contraditório. Poderá, também, haver a produção antecipada, se isso for necessário à preservação da prova em risco de perecer.

45.7. Presunções, indícios e máximas de experiência

O tema em epígrafe é de capital importância no processo que trabalha, sempre, com fatos do passado. Ademais, a atividade probatória, desenvolvida pelas partes e pelo juiz, se não tiver a compreensão adequada do que adiante se exporá, certamente será dispersiva, inútil e, às vezes, desastrosa.

Das três figuras acima, o Código somente tratou dos indícios, no art. 239:

“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Esse conceito, apesar de útil, como se verá, contém a impropriedade de referir o raciocínio indutivo, quando o que se desenvolve é um raciocínio dedutivo na convicção da existência da outra circunstância.

A compreensão dos institutos e de sua atuação na formação da convicção do juiz, porém, se alcança mediante explicação diferente.

Como se afirmou no item referente ao ônus da prova, se existirem ou não certos fatos, ocorre determinada consequência jurídica. Assim, se se provar a existência de lesão corporal, que foi praticada por alguém identificado, e se não existirem excludentes em sentido amplo, a consequência é a condenação.

Todavia, nem sempre é possível a prova direta desses fatos específicos, ora porque foram clandestinos, ora porque são subjetivos, ora porque a prova direta pereceu ou é impossível. Nesses casos o labor probatório se desenvolve com prova indireta, cujo objeto são fatos que não estão previstos na lei como geradores de consequências jurídicas, mas que podem levar à conclusão sobre a existência daqueles fatos legalmente relevantes para se alcançar o resultado pretendido.

Prova direta é aquela que traz ao conhecimento do juiz o próprio fato previsto pela lei como necessário a que se produza determinada consequência

jurídica. Assim, a testemunha que viu um incêndio é prova direta dele. A perícia sobre os escombros é prova indireta. O exame de corpo necroscópico é prova direta da morte, mas pode ser prova indireta da autoria em virtude das conclusões decorrentes, por exemplo, da trajetória do projétil.

O elemento subjetivo do tipo ou dolo específico é praticamente impossível de se aferir por prova direta, por exemplo.

Esses fatos, objeto da chamada prova indireta, são os indícios, que se conceituam como fatos ou circunstâncias de fato que podem levar à conclusão da existência de outros fatos. A sua pertinência e relevância dependem da aptidão que tenham de provocar a convicção sobre a existência (ou inexistência) daqueles outros previstos na lei.

Observe-se, porém, que o Código de Processo Penal às vezes utiliza o termo "indícios" como sinônimo de elemento de prova, direta ou indireta, e lhe dá um qualificativo, para significar maior ou menor grau de convicção. Assim, o Código, para determinados efeitos processuais, exige ora indícios, ora indícios suficientes, ora indícios veementes e ora prova, com isso querendo significar que, no primeiro caso, bastam alguns elementos de prova; no segundo são exigidos elementos razoáveis para aquele estágio processual; no terceiro deve existir convicção consistente; e no último deve haver certeza sobre determinado fato. Não é este o sentido da palavra "indícios" no art. 239, nem o que interessa neste capítulo. Agora

estamos tratando de indício como fato ou circunstância de fato que, provado, pode levar à convicção da existência de outro fato.

Retornando à exposição, verifica-se que entre a prova do indício e a convicção da existência do outro fato, o juiz, mentalmente, dá um salto, por meio de um raciocínio lógico, mediante a aplicação de *presunções* ou *regras de experiência*.

As presunções são regras, legais ou decorrentes da experiência, por meio das quais, provado um fato, resulta a convicção da existência de outro. No primeiro caso, a convicção da existência resulta de imposição legal. No segundo, da aplicação de uma regra que o juiz extraiu da observação técnica ou da observação do que ordinariamente acontece no comportamento humano.

Assim, o art. 224 do Código Penal institui uma presunção: “presume-se a violência...”. Eis o mecanismo da presunção legal, utilizando-se o exemplo desse dispositivo: a violência é elemento do tipo penal estupro. Ora, nos casos apontados no art. 224, o legislador quis que, provada, por exemplo, a idade menor de 14 anos da vítima, se desse como provado ou certo o elemento do tipo violência. Assim, para os efeitos do crime de estupro, a prova da idade é prova indireta da violência. A idade é um indício que leva à conclusão, por meio da aplicação da regra de presunção legal, da existência (no plano jurídico) da violência.

Um exemplo na área civil:

Nos termos do Código Civil, paga uma prestação posterior, presumem-se pagas as anteriores. Isto quer dizer que, se for provado o pagamento de uma prestação posterior, o juiz dá como

certo o pagamento das anteriores, ou seja, o pagamento da posterior é indício do pagamento das anteriores (art. 322 do CC).

As presunções legais podem ser absolutas, que não admitem prova em contrário, ou relativas, que admitem, com inversão do *onus probandi*, pois. Dentre estas, ou a contraprova é livre ou a contraprova é vinculada ou específica.

A estas últimas a doutrina costuma chamar de presunções mistas. Mas entre o absoluto e o relativo não há terceiro grau. As relativas é que comportam distinções.

Se não existe regra de presunção legal, nem é possível a prova direta do fato, o juiz pode dá-lo como provado, por meio da prova de indícios, circunstâncias de fato que levam à conclusão de sua existência. Essa conclusão decorre da aplicação de uma regra, que o juiz extraiu da experiência técnica ou da experiência comum.

Ou seja, o juiz conclui pela existência do outro fato relevante porque uma regra técnica ou uma regra da experiência estabelece: este fato (que tem prova direta) significa aquele outro (cuja prova direta não se fez). Por exemplo, materiais queimados significam a existência de fogo no passado.

É evidente que um mesmo fato pode ter prova direta e prova indireta no mesmo processo.

As regras da experiência técnica são ditadas pelas ciências da natureza e, de regra, são trazidas aos autos pela prova pericial, mas há regras da experiência técnica que já estão incorporadas no

conhecimento geral, como, por exemplo, a Lei da Gravidade, e que não dependem, pois, do auxílio de perito, aplicando-as o juiz por conhecimento próprio.

As regras da experiência comum são extraídas pelo juiz da observação do que ordinariamente acontece no comportamento humano. Quer dizer, as pessoas, dentro de uma comunidade, normalmente comportam-se de determinada maneira ou os fatos acontecem de determinada maneira, de modo que o conhecimento de um fato significa também a existência de outro, porque é assim que eles habitualmente acontecem ou é assim que as pessoas habitualmente se comportam.

Exemplifiquemos: habitualmente, em dia feriado o centro comercial está fechado e o movimento de pessoas nas ruas é pequeno em certa área. Ora, sabendo que determinado dia foi feriado, o juiz conclui que havia pouco movimento nas ruas, mesmo sem que haja prova direta desse pouco movimento. Outro exemplo: questiona-se em determinado processo se um cheque foi dado em pagamento ou como garantia de dívida. Na falta de prova direta (aliás muito difícil), o juiz deve examinar circunstâncias, indícios. No caso, o cheque foi dado no caixa de um grande supermercado, e encontrou-se nos lançamentos da máquina registradora seu valor, inclusive em centavos. O juiz conclui, então, que o cheque foi dado em pagamento, porque é o que ordinariamente acontece em caixa de supermercado, o qual, ademais, não costuma descontar cheques e, também, ordinariamente, quando se utiliza dessa prática, o cheque não é emitido com centavos.

Veja-se que o juiz aplicou uma regra que ele formulou mediante a observação do cotidiano, da vivência em sua comunidade, extraindo o significado dos comportamentos. É importante apontar que a regra (o significado) não está nos autos. Foi extraída e formulada da observação da sociedade. Ela é aplicada nos autos quando o juiz tem como provado um indício que significa algo além. É por isso que o raciocínio feito pelo juiz é *dedutivo*. Por indução ele chegou à formulação da regra, mas nos autos a aplicação é dedutiva porque a regra já estava formulada fora deles.

As regras da experiência, comum ou técnica, não estão no plano dos fatos e, portanto, do ônus da prova, podendo e devendo o juiz aplicá-las de ofício, como faria com as presunções legais, podendo, contudo, a parte ter interesse em desenvolver atividade argumentativa sobre tais regras, como faria juntando pareceres jurídicos sobre a interpretação do direito, mas nesse caso não se trata, propriamente, de atividade probatória, e sim apenas de atividade dialética de argumentação e colaboração.

A regra de experiência, seja ela comum, seja ela técnica, não é criada no processo, mas nele pode ser revelada. Ela se forma extrajudicial ou extraprocessualmente pela observação do que ordinariamente acontece (observação cultural) ou das leis da natureza, por meio de um processo lógico indutivo e, uma vez formulada, tende a aplicar-se a casos futuros semelhantes.

Stein definiu as regras ou máximas da experiência como "definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, independentes do caso concreto que se tem de julgar e de seus elementos

particulares, e que são adquiridos pela experiência, mas que são autônomos em face dos casos particulares, de cuja observação se deduzem, e que pretendem ter valor em relação aos casos novos”[102].

O juiz pode errar na formulação ou na aplicação da regra, quer a técnica, quer a da experiência comum, ou seja, o fato provado não tem o significado que o juiz lhe deu para alcançar a convicção da existência do outro. Nesse caso, o erro é de direito e não de fato, e assim deve ser tratado inclusive para fins de recurso especial.

A jurisprudência tem-se referido a “erro na valoração da prova”, como erro de direito que ensejava o recurso extraordinário e, também, o especial, o que é equivalente.

As presunções que decorrem das regras da experiência, quer a técnica, quer a comum, admitem prova em contrário, ou seja, as partes podem pretender demonstrar que certo fato não tem o significado que parece ter ou que ordinariamente teria. Todavia, o ônus de demonstrar essa peculiaridade é de quem pretende desfazer a conclusão que naturalmente decorreria.

As regras de experiência não se confundem com o fato notório e com a chamada prova *prima facie*.

O fato notório é o fato isolado de conhecimento geral. Por exemplo, 7 de setembro é feriado nacional. Dos fatos notórios, porém, ao que habitualmente acontece, é possível surgirem regras da experiência: 7 de setembro é feriado nacional; ora, habitualmente nesse dia há parada militar em determinado lugar, o que leva à

conclusão que, em todo dia 7 de setembro, naquele lugar, há um certo tipo de aglomeração de pessoas, independentemente de se provar de forma direta que em certo 7 de setembro houve essa aglomeração.

Já a prova *prima facie* ocorre se, da prova de um fato, decorre imediatamente a culpabilidade ou responsabilidade. Exemplo: é culpado quem provoca acidente dirigindo embriagado. Ou seja, provada a embriaguez, imediatamente se conclui pela culpa. Outra situação de prova *prima facie*: em acidente de veículo quem bate por trás é o responsável.

Como se vê, a prova *prima facie* encerra uma ou mais de uma regra de experiência. No caso da embriaguez o raciocínio é o seguinte: a embriaguez reduz a capacidade de percepção e de reação às situações de trânsito; quem dirige nessas condições atua imprudentemente, logo é culpado porque há previsibilidade do evento danoso. A prova *prima facie*, pois, economizou uma parte do raciocínio, levando da embriaguez imediatamente à culpa.

Em todos os casos, como se disse, a regra não é absoluta, admitindo prova em contrário, mas o ônus é de quem a pretende fazer. Se não a fizer, prevalece a presunção decorrente da regra ou da prova *prima facie*.

Uma observação final.

Na formulação da regra da experiência ou da prova *prima facie* o juiz necessita de muito cuidado, verificando se ela se baseia em dados reais e objetivos. Isto porque é comum a tendência de se formularem regras ou presunções fundadas em dados falsos ou, até,

preconceituosos. É conhecido o episódio da chamada teoria do “eixo mediano” em acidente de veículos, que foi banida da jurisprudência com toda razão. Entendia-se que, em colisões em cruzamentos, era culpado o motorista do veículo que tivesse chegado em segundo lugar ao eixo do cruzamento, isentando-se o outro. Ora, tal formulação era falsa, porque chegar antes, ou depois, ao eixo do cruzamento nada significa. Quem chegou antes poderia estar em excesso de velocidade, ou ter faltado com a atenção no cruzamento etc. A jurisprudência, então, com toda propriedade, afastou a teoria, exigindo que a aferição da conduta culposa se fizesse caso a caso, independentemente de quem tivesse chegado antes ao cruzamento.

Em outras situações, há tendência de formulação de regras com base em preconceitos, até, de base racial ou de discriminação social. Assim, é comum ouvirem-se expressões: “todo membro da comunidade X é ladrão”. Tais regras, manifestamente falsas, devem ser conscientes e decididamente afastadas pelo juiz, o qual deve prevenir-se contra elas porque existe, sem dúvida, a tendência natural de sermos induzidos em erro por preconceitos.

45.8. A apreciação ou valoração da prova

Pertence às partes a iniciativa de enunciar os fatos e de produzir as provas de suas alegações (art. 156, com redação dada pela Lei n. 11.690, de 2008). Ao juiz cabe atribuir-lhes o valor que merecerem, daí decidindo sobre a procedência ou improcedência do pedido. Por mais complexa que seja a norma jurídica a ser aplicada, ou por mais complexa que seja a situação de fato, não pode o juiz declinar da jurisdição.

O juiz deve avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando o direito ao caso concreto.

Na avaliação das provas, é possível imaginar três sistemas que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional.

Segundo o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, tem o juiz ampla liberdade de decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima, independentemente do que consta dos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento. Decide por convicção íntima ou livre apreciação pura o Tribunal do Júri. Nem fundamentam os jurados as razões de seu convencimento, nem importa como formaram sua convicção.

Segundo o sistema da prova legal, que é exatamente o oposto do sistema anterior, cada prova tem seu peso e seu valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, cabendo-lhe, apenas, computar o que foi apresentado. No plano histórico, o sistema da prova legal representou a reação extremada ao sistema da convicção íntima, que era evidentemente instrumento de arbítrio, porque de nada adiantava a prova consistente e produzida corretamente se, depois, podia o juiz decidir *secundum conscientiam*. É do sistema da prova legal o brocardo *testis unus testis nullius* (uma só testemunha não tem valor) e tantos outros que limitavam o convencimento do juiz.

Desses dois sistemas evoluiu-se para o moderno sistema da persuasão racional que, ao mesmo tempo que mantém a liberdade

de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão de modo a se poder aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento.

Esse sistema, em primeiro lugar, dá à lei a liberdade de apreciação, ou seja, as provas não têm valor predeterminado nem peso legal. Cada circunstância de fato será apreciada no contexto das demais provas e pode valer mais ou menos segundo o entendimento não preordenado do juiz. Em segundo lugar, porém, limita a lei esse convencimento e a apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, segundo o princípio *id quod non est in actis non est in mundus* (o que não está nos autos não existe). Consagra-se, aí, o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real). Justifica-se essa limitação primeiro porque a verdade real, a certeza objetiva, é sempre sujeita à interpretação individual e depois porque a verdade real, ainda que mereça ser perseguida como ideal, se não está nos autos, não foi submetida ao contraditório e conhecimento das partes, causando-lhes surpresa e podendo ser instrumento de arbítrio. Se o juiz tem conhecimento pessoal dos fatos, em princípio está impedido de julgar, ou, se não estiver impedido porque o conhecimento é geral e não interessado, deverá providenciar, com os poderes que tem (art. 156) de complementar a prova apresentada pelas partes, para que a prova seja trazida a juízo e submetida ao crivo do contraditório. O

juiz penal tem maiores poderes inquisitivos na busca da verdade real, em virtude dos interesses envolvidos no processo criminal, do que o juiz civil, mas os fatos devem sempre ser trazidos aos autos, daí se poder dizer que toda a verdade relevante para a sentença é a formal, porque é a dos autos.

Finalmente, completa o sistema da persuasão racional, e daí o seu nome, o dever de fundamentar a decisão, apresentando as razões do convencimento. A obrigação de fundamentar permite às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, e também que os motivos levam logicamente à conclusão. Essa garantia não só assegura o exame cuidadoso dos autos, mas também permite que, em grau de recurso, se faça o eventual reexame em face de novos argumentos apresentados.

Lembre-se que a garantia da fundamentação das sentenças é exigência constitucional, conforme dispõe o art. 93, IX, alterado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

No processo penal, o art. 155 do Código, com a redação alterada pela Lei n. 11.690, de 2008, afirma a liberdade de apreciação da prova, mas a análise sistemática do dispositivo, inclusive no confronto com a Constituição, leva à conclusão de que o sistema adotado é e sempre foi o da persuasão racional. Todavia, decide por convicção íntima o júri, o qual condena ou absolve sem fundamentar sua decisão. Essa exceção se justifica em virtude da soberania dos vereditos e sigilo das votações, conforme o texto expresso do art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

Existem, por outro lado, apesar da maior liberdade que tem o juiz penal em comparação com o juiz cível, regras de prova legal, como, por exemplo, a exigência de exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios e a submissão do juiz penal à prova civil no que concerne ao estado das pessoas (art. 155, parágrafo único). No mais, porém, o juiz penal não fica restrito às limitações à prova existentes no Código de Processo Civil, inclusive quanto à validade dos documentos, como adiante se verá.

A redação vigente do *caput* do art. 155 enseja, ademais, novos comentários, visto que assim posto:

“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

A primeira parte do artigo repete e consagra o que a jurisprudência assentara há décadas, ou seja, que não é possível

condenação com base exclusivamente em provas não submetidas ao contraditório. As ressalvas, porém, trazem evidente confusão de conceitos e dificuldades para sua aplicação prática. Para que se possa salvar essa parte do dispositivo sem que se consagre um absurdo inconstitucional, é preciso percorrer um longo e cuidadoso caminho interpretativo.

Em termos literais, se não é possível a condenação com base exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, a ressalva quer dizer que é possível que isso ocorra (ou seja, com base em elementos *exclusivamente colhidos* na investigação pode haver condenação, se esses elementos são provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas). Imagine-se o absurdo: toda prova se resume nos depoimentos, colhidos na investigação policial, da vítima e de duas testemunhas que faleceram antes de poderem ser ouvidas em juízo. Seus depoimentos não podem ser repetidos, logo a condenação poderia basear-se exclusivamente neles? Sob outro aspecto, pergunta-se, o que são "provas cautelares" que não sejam antecipadas? Ou, ao contrário, as antecipadas que não sejam cautelares. É possível tentar-se fazer uma distinção entre a prova cautelar e a antecipada, entendendo-se esta como a decorrente de procedimento próprio cautelar de produção antecipada de prova e as outras as colhidas sem audiência do possível ou hipotético acusado em virtude da urgência de sua colheita, como o levantamento do local, o exame necroscópico e outras perícias. Acontece que a prova antecipada em procedimento formal (aliás rara no processo penal) é produzida em contraditório e perante o juiz ou sob sua supervisão,

de modo que a ressalva a ela não se aplicaria porque não é colhida “na investigação”, entenda-se, policial.

Para se superar essa verdadeira teratologia, inclusive terminológica, é preciso retornar aos princípios.

A prova que pode fundamentar a condenação é aquela que tenha sido submetida ao contraditório perante o juiz.

Esta é a regra, que é mais que uma regra, é um princípio.

Acontece (e isso nem todos lembram ou fazem questão de não lembrar para trazer confusão) que o contraditório pode ser prévio ao ato, concomitante, ou diferido. A prova pericial, por exemplo, que não tem outro jeito senão o de ser realizada na fase investigatória, não somente porque a urgência é imperiosa mas porque muitas vezes não há sequer alguém suspeito, tem o contraditório diferido, porque, em juízo, o acusado tem a oportunidade de contrapor-se a ela, demonstrando, se for o caso, a sua falha técnica, a impropriedade da colheita, a inaptidão do perito e outras circunstâncias que possam comprometer a sua credibilidade. Não se trata, portanto, de prova exclusivamente colhida na investigação. A prova antecipada, colhida em procedimento formal, tem contraditório concomitante perante o juiz, de modo que sua colocação entre as ressalvas revela desconhecimento do processo. Resta a prova não repetível (deixamos de discutir o defeito de terminologia, uma vez que prova nunca se repete; pode haver uma segunda perícia sobre o mesmo objeto, mas a segunda não é repetição da primeira; a testemunha ouvida no inquérito será ouvida em juízo, porém o depoimento judicial não é repetição do primeiro

etc.). Quanto a esta, exemplificando com a testemunha falecida ou que não é encontrada para depor em juízo, de duas uma: ou seu depoimento está corroborado por provas submetidas a contraditório (prévio, concomitante ou diferido) ou não está. Se está, pode, e isso sempre foi possível, compor o conjunto probatório suficiente para a condenação; se não está, exclusivamente não pode servir de base para a condenação e não há disposição legal que possa fazê-lo valer em virtude do princípio constitucional do contraditório.

Melhor seria a lei ter silenciado, porque somente veio para atrapalhar o que a doutrina e a jurisprudência já adotavam como pacífico e de simples compreensão.

45.9. Poderes do juiz em relação à prova

Na comparação entre os poderes do juiz em relação à prova no processo civil e no processo penal, é costume dizer que o juiz penal tem poderes inquisitivos, em virtude do princípio da verdade real, ao passo que o juiz civil atua segundo regras dispositivas, dependendo da iniciativa de parte.

Os modernos estudos sobre o tema pretendem atribuir poderes inquisitivos também ao juiz civil, especialmente se o objeto do processo é algum direito de ordem pública, como, por exemplo, o acidente do trabalho ou questões de direito de família.

Essa tendência, que não vem ao caso discutir aqui, no processo penal é consagrada como fazendo parte de suas linhas mestras, e justifica-se, inegavelmente, em virtude do interesse público nele envolvido: de um lado a necessidade social da repressão penal e, de outro, o direito de liberdade.

Assim, a verdade real, aquela dos fatos da forma em que ocorreram, supera a verdade que as partes colocam, e deve ser buscada pelo juiz, independentemente de iniciativa de parte.

Assim reza o art. 156:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Esse poder, contudo, não é ilimitado, como inadequadamente, às vezes, tem sido interpretado o dispositivo.

Se se examinar o texto legal com cuidado, é fácil de ver que o Código atribui, primeiramente, a iniciativa probatória às partes e, depois, ao juiz, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ou seja, ponto já colocado, sobre o qual já houve atividade probatória, mas restou duvidoso. Daí ser possível concluir que, mesmo no processo penal, os poderes instrutórios do juiz, quanto à determinação de prova de ofício, são poderes complementares à iniciativa das partes que têm o ônus originário de requerer ou propor as provas pertinentes.

Isto porque os poderes inquisitivos do juiz têm um limite, que é a sua imparcialidade, o contraditório e a equidistância em relação às

partes. Postas as questões relevantes, o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes determinando prova não requerida, mas não pode tornar-se acusador ou defensor, sob pena de violar o chamado sistema acusatório do processo penal, que é garantia do julgamento justo e a própria essência da jurisdição, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade de acusação ou de defesa.

Não é possível predeterminar a linha divisória entre a utilização adequada do poder inquisitivo na busca da verdade e o abuso desse poder com invasão das funções de acusação ou de defesa. Todavia, os casos concretos saberão mostrar a distinção, uma vez compreendido que os poderes não são ilimitados, e que o limite é a exigência da imparcialidade.

46. DO EXAME DE CORPO DE DELITO E OUTRAS PERÍCIAS

46.1. Regras gerais

Entre as diversas espécies de perícias o Código destacou o exame de corpo de delito, considerando-o indispensável nas infrações que deixam vestígios, com a ressalva do art. 167, adiante tratado.

Tal exigência tem razão histórica e visa a evitar acusações forjadas, feitas sem que se tivesse sequer prova técnica dos vestígios deixados pela infração quando esses existem. Mas a ele são aplicáveis as normas sobre as perícias em geral, que serão examinadas em primeiro lugar.

Os exames ou perícias em geral são verificações elaboradas por técnicos ou pessoas com conhecimento do objeto do exame. Os exames ou perícias têm uma parte descritiva, na qual os peritos relatam o que observaram objetivamente, e uma parte conclusiva, em que os peritos respondem a quesitos, aplicando as regras técnicas pertinentes. A parte conclusiva, porém, como em qualquer prova, deve limitar-se ao plano fático, sendo vedado ao perito formular conclusão de ordem jurídica, que é privativa do juiz. Assim, analisando marcas de frenagem o perito pode concluir, mediante a aplicação de tabelas científicas, que um veículo estava na velocidade de X quilômetros por hora. Mas não cabe dizer se isso significa conduta culposa. É muito comum, em laudos de acidentes de veículos, encontrarmos conclusões do seguinte teor: "é culpado o motorista do veículo 'Y' porque não obedeceu a placa de *pare*". Tal afirmação é impertinente para o perito, o qual deveria limitar-se a descrever que o motorista Y ultrapassou a placa, cabendo ao juiz afirmar se essa conduta significa, ou não, a culpa.

No processo penal, como os tipos de perícias se repetem, os quesitos já são padronizados na maioria dos casos, podendo, porém, as partes formular quesitos especiais. Nos termos do art. 176, a autoridade e as partes poderão formular os quesitos até o ato da diligência. Todavia, como a maioria das perícias se realiza durante o inquérito policial em que não há partes, estas formularão seus quesitos especiais em juízo, depois de instaurada a ação penal, como quesitos complementares, cuja pertinência será examinada pelo juiz.

As perícias, mesmo as realizadas no inquérito, são em princípio definitivas, mas no caso de inobservância de formalidade, omissões, obscuridade ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo (art. 181).

Se houver divergência entre os peritos, essa discordância será consignada e nomeado terceiro perito para dirimi-la. Se este, por sua vez, divergir dos anteriores, a autoridade mandará proceder a novo exame por outros peritos. A segunda perícia, porém, não anula a primeira, permanecendo ambas nos autos para apreciação do juiz, segundo as regras da persuasão racional.

Em um caso, porém, o exame complementar é obrigatório: no caso de lesão grave por incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias (art. 168, § 2º), hipótese em que o exame deve ser realizado logo que decorra esse prazo. A jurisprudência interpreta o “logo que” como o trigésimo primeiro dia, porque se após esse dia não mais se constatar a permanência da incapacidade não poderá haver condenação por lesão grave. A incapacidade permanente ou a lesão deformante não dependem, necessariamente, de exame complementar. Se desde o primeiro laudo foi uma ou outra constatada cabalmente não há necessidade de complementação. No caso de dúvida ou prognóstico de permanência ou deformação, então o exame complementar será necessário para o reconhecimento dessas situações.

Nos crimes de ação penal pública, as perícias realizam-se de ofício, mas as partes poderão requerê-las, hipótese em que serão indeferidas se impertinentes e não se referirem ao corpo de delito,

que é obrigatório. Aliás todas as provas passam pelo exame da pertinência e relevância. Nos crimes de ação penal exclusivamente privada aplica-se o art. 19, ou seja, aguarda-se a iniciativa do ofendido (art. 183).

No processo penal, de regra, as perícias devem ser realizadas por peritos oficiais, do órgão público existente para esse fim, entre os quais os Institutos de Criminalística. Todavia, se isso não for possível, ou porque não existe a especialidade necessária no órgão oficial ou porque ele não atende a região, a autoridade deverá nomear os peritos, que prestarão compromisso, escolhidos entre os que tiverem habilitação técnica, o que é obrigatório nas profissões legalmente regulamentadas, ou entre pessoas que tenham conhecimento do objeto do exame.

Os peritos farão o exame imediatamente ou em prazo marcado pela autoridade. Não é possível esquecer que os vestígios de infrações penais são, de regra, altamente perecíveis, ou precisam ser removidos para que a atividade das pessoas volte à normalidade; logo, a demora é incompatível com o processo penal. Daí poder o exame ser realizado em qualquer dia e a qualquer hora. O art. 161 dá essa autorização ao exame de corpo de delito, mas é aplicável a qualquer perícia com fins criminais. Acrescente-se, ainda, em qualquer local. Se houver necessidade de ingresso em domicílio, deverá haver autorização judicial, conforme preceitua o art. 5º, XI, da Constituição Federal.

A Lei n. 11.690/2008 alterou o art. 159 do Código, que passou a assim ser redigido, afastando divergências jurisprudenciais, sendo

merecedor de comentários:

“Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão

oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico”.

A Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal preceituava:

“No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado na diligência de apreensão”.

O novo texto legal afastou-a definitivamente, apesar de que seu entendimento, combinado com decisões posteriores do próprio Supremo Tribunal, era consentâneo com a disciplina legal vigente.

Apesar de afastada em virtude da nova redação do art. 159, a título histórico, merece destaque explicação sobre a súmula, tendo em vista seus antecedentes.

Em primeiro lugar, ela pretendeu resolver a questão relativa à necessidade, ou não, de dois peritos, pelo menos, para a realização do exame. Isso porque, a redação original do artigo assim dispunha: “*Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão em regra feitos por peritos oficiais*”. A conclusão foi a de que era necessário mais de um, o que decorreu da utilização, pelo Código, do termo

“peritos”, no plural. A despeito de nossa opinião pessoal, à época, de que a utilização do plural tenha sido na forma de plural enfático, fixou-se o entendimento de que significava a necessidade de serem dois os peritos para segurança do exame.

Em segundo lugar, a súmula considerou impedido o perito que participou da diligência de apreensão das coisas examinadas. Esta parte pretende evitar que toda a persecução penal, na fase investigatória, ficasse nas mãos de uma só pessoa. Assim, havia casos em que o condutor do flagrante, o agente da apreensão da coisa e o perito avaliador eram a mesma pessoa, tornando suspeita a prova colhida. Daí a proibição, que visava garantir a segurança do exame pericial.

Todavia, observou-se, como decisões posteriores do próprio Supremo Tribunal Federal afirmaram, que a súmula foi concebida para os peritos nomeados, porque os peritos oficiais não participam da diligência de apreensão. A proibição referia-se à nomeação do agente policial que apreendeu a coisa como perito e não ao perito permanente do órgão oficial, que não é nomeado porque investido na função pública. Por sua vez, essa investidura dá a presunção de capacidade técnica e imparcialidade do perito, o que abrandava a necessidade de que

sejam dois os peritos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal não vinha anulando laudos subscritos por um só perito se este fosse oficial, condicionando a decretação da nulidade à existência de prejuízo, que, no caso, se revelaria pela ocorrência de erro ou defeito na perícia. A Lei n. 8.862, de 28 de março de 1994, alterando o art. 159 do Código, deixou claro e expresso que os exames de corpo de delito e as outras perícias devem ser feitos por dois peritos oficiais ou, na falta destes, por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

Na atualidade, então, a perícia, quando realizada por perito oficial, ou seja, membro de instituto de criminalística ou assemelhado organizado na estrutura oficial de auxílio à atividade policial e judicial enquanto função pública, poderá ser realizada por um só perito, que, aliás, era o que ocorria habitualmente, porque o segundo perito então previsto na lei meramente o subscrevia para cumprir a exigência formal, sem qualquer participação de fato em sua elaboração.

Passou a ser clara a exigência de dois peritos, no caso de não serem oficiais, repita-se, considerando-se como oficiais os pertencentes a órgão público especializado, sendo que os não oficiais serão nomeados pela autoridade, devendo ser pessoas

idôneas portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente da área objeto da perícia e que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. É excessiva a obrigatoriedade de que os peritos tenham diploma de nível superior, porque, por exemplo, em certas áreas, como, por exemplo, a de avaliação de joias, obras de arte, direitos imateriais etc., tem muito maior importância o reconhecido conhecimento técnico que o diploma de curso superior que, como está na lei, somente preferencialmente deve ser da área específica. A lei, contudo, não dá margem a dúvidas: há necessidade de que ambos tenham diploma de curso superior, o que não se exige no caso do perito oficial, como, por exemplo, técnicos de laboratório de nível médio, cuja capacidade técnica é presumida em virtude de sua investidura no órgão oficial. Os peritos não oficiais nomeados pela autoridade policial ou judicial prestarão compromisso, que se traduz na assinatura de um termo de responsabilidade de sua atuação.

O texto em vigor disciplinou a indicação e atuação de assistentes técnicos, o que, porém, não será usual na prática, porque as perícias, de regra, são feitas em caráter de urgência na fase policial quando pode não haver sequer suspeito ou autor conhecido, mas se houver oportunidade de perícia em contraditório concomitante, obedecer-se-á ao procedimento previsto no artigo. Em qualquer hipótese, a responsabilidade pela guarda e autenticidade do material a ser periciado será do órgão oficial.

No caso de perícia complexa, que exige o conhecimento de mais de uma área técnica ou científica, o ideal é a participação de um

especialista para cada uma delas, podendo ser indicado, então, mais de um assistente técnico.

No caso de exame a ser realizado por precatória, os quesitos acompanharão a carta, mas a nomeação, se necessária, será feita pela autoridade deprecada, salvo se se tratar de ação penal privada em caso de acordo entre as partes que deliberarem a nomeação pelo juízo deprecante.

A despeito de seu conteúdo técnico, o juiz não fica adstrito ao laudo pericial, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, quer na parte descritiva, quer na parte conclusiva. Deverá, porém, como é óbvio, demonstrar as razões de seu convencimento em contrário.

46.2. Do exame de corpo de delito

A expressão "corpo de delito" tem dois sentidos. Num sentido mais amplo (e histórico), o corpo de delito é a própria infração no que ela tem de exterior; confunde-se com a conduta criminosa. No sentido técnico-processual, corpo de delito é o conjunto de modificações físicas do mundo exterior provocado pela ação delituosa, ou seja, os vestígios deixados pela infração.

Sobre estes, se existirem, porque há infrações que não deixam vestígios, deve haver exame pericial, sob pena de nulidade (art. 564, III, *b*).

A cominação de nulidade tem por objetivo desqualificar a falta do plano do mérito e da apreciação da prova para o plano do defeito processual. Essa medida é importantíssima, porque retira a questão da esfera de liberdade de convicção do juiz para tornar o processo e

eventual condenação inválidos. Às vezes o legislador se utiliza desse expediente para dar importância a determinada formalidade que ele considera essencial, justificada, no caso, por ser o exame de corpo de delito garantia da pessoa contra acusações manifestamente infundadas.

A cominação de nulidade impediria, até mesmo, a instauração da ação penal na falta do exame. Todavia, tem sido admitido o seu início, desde que, antes da sentença, seja o laudo entranhado aos autos. Condenação sem ele, nunca. Nem mesmo a confissão pode substituí-lo.

É importante insistir na distinção entre o exame de corpo de delito e as demais perícias. O exame de corpo de delito é a perícia sobre os vestígios da infração, que são as alterações materiais deixadas pela conduta criminosa. Ele é indispensável, sob pena de nulidade do processo. As demais perícias e exames podem ser importantes, mas não sendo relativos aos vestígios deixados pela conduta serão examinados como prova no contexto da convicção do juiz e sua persuasão racional. Assim, por exemplo, em caso de homicídio o exame de corpo de delito é o necroscópico, porque a morte é o resultado material da conduta. A ele é que se refere o legislador quando exige "prova do fato". Podem ser importantes outras perícias, como a balística, o levantamento do local, exames em mancha de sangue ou outros fluidos corpóreos etc., mas serão apreciados no contexto geral das provas porque não são o exame de corpo de delito.

O Código, todavia, faz uma ressalva (art. 167) quanto à indispensabilidade do exame pericial: não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal pode suprir-lhe a falta. Essa hipótese denomina-se, então, corpo de delito indireto. É comum usar-se a expressão "exame de corpo de delito indireto" para a hipótese do art. 167. Contudo, a prova testemunhal supre o exame (perícia) exatamente quando este não pode ser realizado. Logo, não há "exame indireto". Há, sim, prova não pericial do corpo de delito. A mesma expressão, "exame de corpo de delito indireto", tem sido utilizada, ainda, para casos em que, não sendo possível a constatação direta dos vestígios pelos peritos, estes, louvando-se em documentos ou outros dados, atestam a sua existência. É o que acontece, por exemplo, quando, desaparecida a vítima de lesão corporal e não tendo sido examinada pelos peritos, estes atestam a ocorrência de lesões pelo que consta em fichas médicas do hospital que a atendeu. Na verdade, essa prova não é um exame ou perícia, mas um misto deles, de prova documental e testemunhal. Tem sido aceito, dentro da amplitude do art. 167 e da liberdade de apreciação da prova no juízo penal.

Para que a substituição do exame pela prova testemunhal possa ocorrer validamente, porém, é preciso que o desaparecimento dos vestígios seja decorrente de causas *não* imputáveis aos órgãos de persecução penal.

O exemplo clássico da prova do corpo de delito indireto é o do homicídio com o corpo jogado ao mar, não sendo possível o exame necroscópico.

Se, porém, os vestígios desapareceram em virtude de inércia, inclusive a burocrática, dos órgãos policiais ou judiciais, a menor segurança da prova testemunhal não pode ser carregada ao acusado. Assim, se a vítima de um furto com arrombamento, cansada de esperar a visita dos peritos, manda consertar a janela arrombada e, por ocasião do exame, não se constata mais vestígios, a prova testemunhal não pode suprir a falta da perícia. O art. 167 do Código de Processo Penal, como uma exceção à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural, ou por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu.

Outra exceção à obrigatoriedade do exame de corpo de delito encontra-se na Lei n. 9.099/95, art. 77, § 1º, que prescinde desse exame se a materialidade estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

É conveniente repetir: a falta de exame de corpo de delito, observada a ressalva do art. 167, acarreta nulidade do processo e, conseqüentemente, de eventual sentença condenatória (absolutória não, porque a exigência do exame existe em favor do réu), ensejando, inclusive, *habeas corpus*. A existência ou falta de outras perícias fica adstrita ao convencimento do juiz, porque participa do exame de mérito da causa.

A distinção, portanto, entre a perícia que é o exame de corpo de delito e outras perícias, ainda que importantes ao convencimento do

juiz, é fundamental. Isto porque a falta de uma acarreta nulidade do processo. As outras ficam no plano do convencimento do julgador, ou do mérito.

Dentre as diversas perícias que se realizam, por exemplo, no caso de homicídio, qual o exame de corpo de delito? Qual a que, faltando, impede julgamento válido e quais as que podem ser submetidas ao convencimento do júri?

Como se sabe, no caso apontado, é realizada mais de uma perícia: exame do local, exame de balística (se a morte foi causada por arma de fogo), exame necroscópico, exame de potencialidade da arma, exame de impressões digitais na arma, exame de manchas de sangue etc. Qual, porém, na falta, acarreta nulidade do processo? (Infelizmente a jurisprudência não tem tido critério para distinguir, balançando em inseguro casuísmo.)

O exame de corpo de delito é a constatação pericial dos vestígios resultantes da conduta núcleo do tipo penal.

Assim, na hipótese acima aventada, o exame de corpo de delito, entre as demais perícias, é o exame necroscópico quanto à constatação da morte. O próprio exame necroscópico quanto a outros pormenores, como, por exemplo, a trajetória da bala, não é exame de corpo de delito e fica no plano do convencimento do julgador. Ainda, no caso de lesão corporal culposa decorrente de acidente de automóvel, o exame de corpo de delito é exclusivamente o laudo de lesão corporal, porque a conduta do núcleo do tipo consiste em causar lesão. As demais perícias, como o exame do

local, o exame dos veículos etc., não pertencem ao corpo de delito e, portanto, ficam no plano do convencimento do juiz.

Cabe examinar algumas situações apreciadas pelos tribunais.

É exame de corpo de delito a perícia sobre a ruptura de obstáculo para a qualificadora do furto mediante arrombamento, porque a destruição do obstáculo foi resultante da ação de “subtrair”. É, também, a perícia contábil no caso de apropriação indébita se o “apropriar-se” resultou de manipulação de dados de contabilidade. Não é se a apropriação não resultou de manobra dessa natureza, ainda que a contabilidade possa revelar alguma coisa. Por exemplo, o não recolhimento das importâncias recebidas pelo caixeiro-viajante pode ser revelado por dados contábeis, mas a ação de “apropriar-se” não foi causal em relação a eles. É exame de corpo de delito o exame de documento no caso de falsidade material.

Ainda que essencial e indispensável ao reconhecimento do elemento “coisa com valor econômico” do tipo de furto, a avaliação da *res furtiva* não é exame de corpo de delito porque o valor da coisa não é vestígio decorrente da conduta criminosa. Idem quanto ao exame do local para a qualificadora da escalada. Idem quanto ao exame da fechadura no caso de uso de chave falsa, exatamente porque esta se caracteriza por não deixar vestígios.

Podem as perícias referidas no parágrafo anterior ser essenciais ao reconhecimento de certos elementos do tipo, mas não se enquadram no conceito estrito de exame de corpo de delito e, portanto, podem ser supridas por outros elementos de convicção.

46.3. Perícias especiais

O Código prevê, ainda, algumas normas práticas a serem obedecidas em perícias determinadas, fornecendo um roteiro a ser seguido pelos peritos.

Assim, a autópsia deverá ser feita pelo menos 6 horas após o óbito, salvo se as evidências da morte permitirem que seja feita antes, o que deverá constar do auto de exame. No caso de morte violenta, bastará o exame externo do cadáver quando não houver infração a apurar ou quando esse exame for suficiente para apurar todas as circunstâncias relevantes. O exame cadavérico poderá ser realizado após exumação, caso em que a autoridade designará dia e hora, intimando o responsável pelo local. Os cadáveres, sempre que possível, deverão ser fotografados na posição em que forem encontrados, e as lesões neles encontradas, além de descritas, poderão ser ilustradas com desenhos, fotografias ou esquemas devidamente rubricados pelos peritos. Se houver dúvida quanto à identidade do cadáver, deverá ele ser identificado, com todos os dados apuráveis, pelo órgão de identificação competente, inclusive quanto aos objetos que portava.

Como se sabe, hoje estão muito evoluídas as técnicas de identificação, inclusive por meio de exame da arcada dentária.

Quanto ao exame do local onde houver sido praticada a infração, estabelece o Código o dever da autoridade de providenciar imediatamente que não se altere o estado das coisas, até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Nas perícias de laboratório, os peritos deverão guardar material suficiente para futura e eventual nova perícia, podendo, também, os laudos ser ilustrados com provas fotográficas, microfotográficas, desenhos ou esquemas.

Nos crimes cometidos com destruição de obstáculo à subtração da coisa ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios que encontrarem, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.

As coisas destruídas, deterioradas ou que constituam objeto ou produto de crime devem ser avaliadas. Não sendo possível diretamente, os peritos deverão fazê-lo de forma indireta, por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências.

No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano, o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de lhes verificar a natureza e a eficiência.

Finalmente, o art. 174 traça o roteiro adequado ao reconhecimento de escritos por comparação de letra. Poderão ser utilizados documentos ou escritos cuja autoria seja inequívoca, ou a pessoa a quem se atribuiu a letra será intimada a escrever o que for ditado.

Todas essas regras, evidentemente, não excluem outros procedimentos ditados pela técnica de cada perícia, que, como se

sabe, está em constante evolução. Os peritos, sempre, deverão esclarecer o procedimento ou os métodos que empregarem, inclusive para fins de eventual questionamento.

47. DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

O interrogatório do acusado é a audiência do réu. É sempre necessário desde que o acusado se encontre presente. Deve ser realizado sob pena de nulidade (art. 564, III, e), mas pode ser realizado a qualquer tempo, de modo que, se o acusado não foi interrogado no momento correto, poderá sê-lo posteriormente, inclusive após a sentença. É o que ocorre, também, na hipótese de não ter sido feito o interrogatório em virtude da revelia e vir o réu a ser encontrado posteriormente. O acusado pode, também, ser reinterrogado.

Em somente uma hipótese o interrogatório dependia da vontade do acusado. Era no procedimento da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), hoje considerada inconstitucional pelo Supremo, no qual o acusado seria interrogado "se o requeresse" (art. 45, III).

O entendimento mais aceito sobre a natureza do interrogatório é o de que é ato de defesa, porque pode nele esboçar-se a tese de defesa e é a oportunidade para o acusado apresentar sua versão dos fatos, mas é, também, ato de instrução, porque pode servir como prova.

No interrogatório pode vir, espontaneamente, a confissão. Mas o silêncio não induz confissão ficta ou presumida. Tem o acusado, ademais, o direito constitucionalmente garantido de ficar calado, não podendo o silêncio ser usado a seu desfavor, como dispõe o art. 186 e seu parágrafo único, que explicita a garantia constitucional de permanecer calado.

Sobre o princípio do *nemo tenetur se detegere*, também formulado como *nemo tenetur seipsum accusare*, v. item 9.3.

O interrogatório é um ato do juiz do processo, mesmo porque o acusado tem o ônus de manter-se vinculado ao distrito da culpa. Em casos especiais, como, por exemplo, impossibilidade de locomoção, tem sido admitido o interrogatório por precatória. No Estado de São Paulo generalizou-se o interrogatório por precatória no caso de réu residente em outra comarca. Essa prática, porém, que não tem previsão legal, pode tumultuar o processo. Assim, quem nomeia o defensor? O juiz deprecante ou o juiz deprecado? O defensor fará a defesa perante o deprecante, mas a nomeação deveria ser feita, em princípio, já por ocasião do próprio interrogatório. Ainda, o prazo de defesa prévia corre da data do interrogatório, da data do retorno da precatória, ou da data da nomeação do defensor se for feita no juízo deprecante? No sistema normal é da data do interrogatório, porque o acusado já sai intimado da defesa prévia.

Esses e outros problemas não recomendam a realização do interrogatório por precatória como regra, aduzindo-se, ainda, que a presença do acusado perante o magistrado que provavelmente

proferirá a sentença é importante para a descoberta da verdade. Tanto que o juiz que não interrogou pode reinterrogar antes de proferir sentença (art. 196). O mesmo se diga do interrogatório do preso feito no estabelecimento prisional, como prevê o art. 185, § 1º. O interrogatório fora da sede do juízo tende a ser excepcional e raríssimo, se se obedecer ao procedimento preconizado pelo Código com a reforma de 2008 de audiência concentrada e única, como adiante se verá.

O interrogatório do acusado em juízo será realizado com a presença de seu defensor, constituído ou nomeado, assegurando-se entrevista anterior do interrogando com seu defensor.

Sobre o interrogatório por videoconferência, v. recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 90.900, j. em 30-10-2008, firmado entendimento de que cuida a hipótese de causa de nulidade absoluta. Em sentido contrário, entretanto, foi sancionada a Lei n. 11.900, de 2009, que alterou o art. 185, prevendo, excepcionalmente e por decisão judicial fundamentada, interrogatório de preso pelo sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender às seguintes finalidades (§ 2º): "I — prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir

durante o deslocamento; II — viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III — impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV — responder à gravíssima questão de ordem pública”.

Depois de cientificado pelo juiz da acusação e do direito de ficar calado, o acusado será interrogado em duas fases: sobre a sua pessoa e sobre os fatos, com a orientação prevista no art. 187. Após proceder ao interrogatório o juiz indagará das partes se desejam algum esclarecimento, admitindo as perguntas pertinentes e relevantes. Como ato de defesa que também é, no interrogatório, o interrogando pode indicar provas, mas também poderá incluir elementos probatórios, como, por exemplo, a indicação de terceiros participantes e outras circunstâncias que poderão ser utilizadas pelo juiz em sua convicção geral no momento da sentença. Se houver mais de um acusado, cada interrogatório será realizado em separado. Do interrogatório será lavrado um termo que integrará os autos.

Os momentos ordinários de realização do interrogatório são:

a. durante o inquérito policial, no flagrante, se ocorreu, ou na qualidade de indiciado;

- b.** na audiência no procedimento comum;
- c.** em plenário do júri;
- d.** perante o tribunal nos casos de infrações de competência originária dos tribunais.

Não há mais previsão legal de nomeação de curador para o acusado menor de 21 anos, por duas razões: porque o Código Civil de 2002 atribuiu a capacidade plena aos 18 anos, o que coincide com a imputabilidade penal e porque o interrogatório será realizado com a presença de defensor. Em acréscimo, o art. 194, que exigia a nomeação de curador ao acusado menor, em seu interrogatório, foi expressamente revogado pela Lei n. 10.792, de 2003.

No caso de o acusado ser mudo, surdo ou surdo-mudo, mas poder comunicar-se, o interrogatório deve atender ao meio de comunicação possível, por escrito ou por intérprete. Também será necessário intérprete se o acusado não souber entender ou expressar-se em língua nacional.

No direito brasileiro não há sanção para a mentira dita pelo acusado, ao contrário de outras legislações que a punem com o perjúrio, igual ao falso testemunho, como uma forma de "contempt of court" (desacato ao juízo). Todavia, o art. 341 do Código Penal considera crime de autoacusação falsa, contra a administração da justiça, acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem.

Finalmente, cabe lembrar que, nos termos da Lei n. 9.605, de 1998, também poderá haver interrogatório da pessoa jurídica em

processo penal desencadeado em face desta para apuração de crimes ambientais.

Desde a promulgação da Lei dos crimes ambientais, a adoção da nova forma de responsabilidade ainda é motivo de divergências jurisprudenciais e doutrinárias sobre sua constitucionalidade, apesar de a maioria da doutrina e da jurisprudência acabar por reconhecê-la.

Um dos argumentos utilizados para questionar sua aplicação constitucional e que nos interessa nesse ponto é a ausência da previsão de disposições específicas de natureza processual a ser adotada para a pessoa jurídica. Note-se que no Capítulo IV, denominado “Da Ação e do Processo Penal”, composto pelos arts. 26 a 28, limitou-se a lei a cuidar dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos na Lei n. 9.099, de 1995. O art. 79, da aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Para suprir essa lacuna e como forma de salvaguardar a tutela do meio ambiente, há autores que sustentam a utilização por analogia da disciplina procedimental do Código de Processo Penal e da Lei n. 9.099. Essa é a posição de Ada

Pellegrini Grinover[103]. Assim, a citação será nos moldes do Código de Processo Penal, com a única diferença de que se fará na pessoa de seu representante (art. 12, VI e VIII, do CPC). Também seguirá a lei processual penal a comunicação dos atos procedimentais. Enquanto ré, a pessoa jurídica poderá gozar do direito ao silêncio, assim como valer-se das outras garantias processuais.

Por outro lado, especialmente no que se refere ao interrogatório, sustenta Ada Pellegrini que devam ser utilizadas, por analogia, as regras da Consolidação das Leis Trabalhistas sobre a figura do preposto (art. 843 e seu parágrafo único). Dessa forma, será faculdade da pessoa jurídica acusada indicar a pessoa física que se submeterá ao interrogatório, sempre tendo em vista a proximidade de seu conhecimento nos fatos em apuração[104].

48. DA CONFISSÃO

Na verdade a confissão não é um meio de prova. É a própria prova, consistente no reconhecimento da autoria por parte do acusado. Meio de prova é o interrogatório, em que ela pode ocorrer, ou a audiência em que se lavra um termo em virtude do seu comparecimento espontâneo. Todavia, tem sido tradicionalmente tratada nos códigos como meio de prova.

No processo penal o conteúdo da confissão é exclusivamente o reconhecimento da autoria. A materialidade deve ser provada por outros meios e em especial pelo exame de corpo de delito, conforme se discorreu em capítulo anterior. Inexiste, ademais, o reconhecimento jurídico do pedido, porque a qualificação jurídica da culpa é função exclusiva do juiz e sem qualquer interferência da vontade do acusado.

No processo penal brasileiro atual inexistia o sistema de reconhecimento da culpa, como o sistema norte-americano do "guilt or not guilt", que enseja consequências processuais e penais diferenciadas. Tal sistema, no anteprojeto de Frederico Marques, provocava uma perempção especial com a extinção do processo, aplicação da pena de multa substitutiva e exclusão da reincidência. É possível que venha a ideia a ser instituída no Brasil a partir da Constituição de 1988, que permitiu a transação em matéria penal nas infrações de pequeno potencial ofensivo.

A confissão pode estar contida no interrogatório ou ser espontaneamente oferecida pelo acusado a qualquer tempo, caso em que será lavrado termo da ocorrência.

O art. 318 privilegiava a confissão de crime de autoria desconhecida ou imputada a outrem, mas o dispositivo perdeu aplicabilidade a partir do sistema de prisão e liberdade provisórias instituído pelas reformas do Código.

As características da confissão no processo penal são:

- a.** retratabilidade;
- b.** divisibilidade;
- c.** relatividade de valor.

A retratabilidade significa que, a qualquer tempo, pode o acusado retirar a confissão anteriormente feita. A retratação não anula a confissão, cabendo ao juiz atribuir a ambas, confissão e retratação, o valor que merecerem em face das demais provas.

A divisibilidade significa a possibilidade de o juiz considerá-la apenas parcialmente.

A relatividade de valor quer dizer que o juiz não é obrigado a aceitá-la, devendo sempre confrontá-la com as demais provas constantes dos autos e, ademais, que ela não exclui a necessidade de que outras provas sejam colhidas a respeito do fato e sua autoria. No processo civil, a confissão relativa a ações cujo objeto sejam direitos disponíveis elimina a controvérsia, permitindo o julgamento antecipado da lide. No processo penal, mesmo havendo confissão, o juiz deve determinar a produção das demais provas.

Inexiste no processo penal confissão ficta ou presumida, quer decorrente do silêncio, quer decorrente da revelia. Ambos, silêncio ou revelia, não podem ser dados como confissão.

A confissão, que foi, no passado, considerada a rainha das provas e que deveria ser buscada pelo juiz a qualquer custo, perdeu sua importância, em decorrência do respeito que devem merecer o direito de defesa e o valor da pessoa.

Denomina-se confissão qualificada o reconhecimento da autoria feito para fundamentar a alegação de uma excludente. Dentro de sua relatividade de valor, essa confissão passa a ser aceita com mais facilidade porque foi feita pelo acusado em seu próprio interesse. Será, contudo, sempre confrontada com as demais provas constantes dos autos.

A confissão feita perante a autoridade policial, então, deve ser examinada com reserva e não pode, por si só, fundamentar condenação. Aliás a prova exclusivamente policial não pode fundamentar decreto condenatório.

49. DO OFENDIDO E DAS TESTEMUNHAS

O ofendido é o sujeito passivo da infração penal e, cada vez mais, preocupa o direito penal, o processual penal e a criminologia o seu papel na dinâmica do crime e da criminalidade[105]. As alterações do Código de Processo Penal de 2008 procuraram atribuir-lhe maior importância, mas, infelizmente, de maneira desastrada e em seu detrimento.

No direito penal, desenvolvem-se, hoje, mais que em qualquer outra época, os estudos da vitimodogmática, que consiste na análise da conduta da vítima no que se refere às consequências jurídicas sobre o crime enquanto conduta punível, aprofundando-se as indagações, por exemplo, sobre a extensão do consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco, entre outros[106]. Na criminologia, estuda-se a influência da vítima na ocorrência dos crimes, perquirindo-se, por exemplo, em que medida o

comportamento do ofendido contribui, facilita ou, até, induz a prática do crime. No processo penal, busca-se avaliar em que medida a participação da vítima no processo pode contribuir para a sentença justa e como promover a reparação do dano, material e moral, que lhe foi causado pela prática do crime.

Ofendido, como se disse, é o sujeito passivo da infração, aquele que tem violado o seu bem jurídico tutelado pela norma penal. É, portanto, o titular do bem jurídico lesado. Além dele, pode haver, em decorrência do crime, prejudicados (alguns chamaram de sujeito passivo secundário do crime), mas não são eles "ofendidos" no sentido técnico penal, de modo que a eles não se aplicam as normas específicas para a vítima, como, por exemplo, a possibilidade de vir a ser assistente. Diferente é a situação no caso dos crimes pluriofensivos, em que há mais de um bem jurídico violado e, portanto, a possibilidade de mais de um ofendido. Exemplo de crime com prejudicado sem que seja ofendido seria o de um crime ambiental de destruição de mata de preservação permanente de propriedade particular: o bem jurídico tutelado é o meio ambiente, mas o proprietário é considerado prejudicado pela destruição e não ofendido porque o crime não tem por objetivo a tutela do patrimônio particular. Exemplo de crime pluriofensivo é o da resistência com lesão corporal, em que são ofendidos a Administração Pública e o agente público lesionado, pois ambos os bens jurídicos são tutelados pela infração.

Há crimes em que não existem ofendidos individualizados, como os crimes de tutela de direitos difusos, como os ambientais, os de

drogas etc. Diz-se, então, que o sujeito passivo é a coletividade, que obviamente não se enquadrará na disciplina que o Código traz a respeito do ofendido.

Assim dispõe o art. 201 do Código, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, seguindo-se os comentários:

“Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo,

inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação”.

O dispositivo contém normas relativas ao ofendido enquanto personagem probatório e normas relativas à sua proteção como pessoa, o que, por si só, já é inadequado, visto que os temas deveriam ser tratados separadamente.

No que se refere às disposições processuais, prevê a norma que o ofendido será ouvido sobre os temas relevantes do processo, sempre que possível. Esta expressão, “sempre que possível”, deve ser entendida como “a não ser que seja impossível”, isto é, não se trata de uma faculdade, mas de uma obrigatoriedade. O ofendido somente não será ouvido se houver impossibilidade absoluta de suas declarações, como no caso de falecimento, incapacidade absoluta, desaparecimento e outras insuperáveis. No processo penal é importantíssimo o depoimento do ofendido, já que personagem do fato criminoso e que, se, de um lado, pode estar carregado de sentimentos contrários ao acusado, de outro, em grande número de casos é de importância decisiva para o reconhecimento da verdade e a própria convicção da existência do crime, cabendo ao juiz a cautela de distinguir as situações. Como elemento indispensável, o ofendido poderá ser conduzido coercitivamente se, intimado, não comparecer sem motivo justo (*caput* e § 1º).

Os demais dispositivos não têm natureza ou efeito processual e devem ser interpretados de maneira a que não se viole a garantia constitucional da intimidade, da paz interior e de que ninguém é

obrigado a suportar constrangimento e invasão indevida em sua esfera de relacionamento pessoal.

O ofendido que não se habilita no processo como assistente não é parte, qualquer que seja o sentido que se dê ao termo parte, ainda que o mais amplo, de modo que não é por razões processuais que precisa ser intimado do andamento do processo, da prisão e soltura do réu etc. (atos muitos dos quais não pode recorrer nem tem medida processual para desfazer). Isso porque, de duas uma: ou o ofendido quer acompanhar o processo e, então, se habilita como assistente tomando conhecimento do processo por intermédio de seu advogado e exercendo as prerrogativas processuais, aliás restritas, que a lei lhe faculta, ou não se habilita e isso significa que não quer mais ser perturbado pelo já gravoso trauma do crime e suas consequências muitas vezes psicologicamente irreparáveis. Imagine-se uma vítima de estupro receber periodicamente em seu apartamento correspondência judicial, que passa pela portaria e começa a suscitar indagações das razões de receber tais cartas. Isso sem contar a forçada recordação que terá dos terríveis momentos por que passou. Imagine-se pessoa leiga que receba do juiz ofício, muitas vezes não se sabe redigido por quem, com os seguintes dizeres: "Comunico a V. Sa que o acusado Sr. Fulano, no processo em que V. Sa figura como vítima, condenado por estupro a 6 anos de reclusão, obteve o benefício de apelar em liberdade e encontra-se, portanto, solto". Entenderá a vítima: "o juiz avisa que V. Sa corre perigo, porque o seu estuprador está em liberdade!".

A aplicação dos §§ 2º a 6º do artigo, se cumpridos como parecem estabelecer, será manifestamente inconstitucional, por violação do direito à intimidade, à paz interior e à própria dignidade da pessoa humana. Para que se evite essa cruel inconstitucionalidade é preciso entender, de maneira indispensável e inafastável, que as providências preconizadas somente poderão ser adotadas se o ofendido *o requerer*. Cabe mandado de segurança, inclusive em caráter preventivo, contra o juiz que determinar ou ameaçar determinar qualquer dessas providências sem a manifestação expressa e assistida por advogado do ofendido de que as deseje.

Na audiência, o ofendido é ouvido em primeiro lugar, na forma de inquirição das testemunhas.

Testemunha é a pessoa desinteressada que presta depoimento sobre os fatos pertinentes e relevantes do processo.

O valor da prova testemunhal tem sido muito questionado no correr dos tempos[107], mas, com o cuidado que deve merecer qualquer prova, pode-se dizer que é na prova testemunhal que se assenta a decisão criminal na maioria dos casos.

No processo penal, distingue-se com precisão a testemunha, que presta compromisso e depõe sob pena de falso testemunho, das demais pessoas ouvidas, como o ofendido, parentes do acusado (art. 206), parentes do ofendido, menores, que não prestam compromisso e são considerados “declarantes”. Assim, a testemunha presta depoimento; os demais fazem declarações.

São declarantes:

1. o ofendido;

2. o ascendente, o descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe e o filho adotivo do acusado (art. 206);

3. as mesmas pessoas em relação ao ofendido (esta conclusão é de criação jurisprudencial, porque o art. 206 refere-se, apenas, às pessoas vinculadas ao acusado);

4. os doentes e deficientes mentais e os menores de 14 anos;

5. as pessoas que, contraditadas pelas partes, forem reconhecidas como suspeitas ou indignas de fé. Essas pessoas, apesar de não prestarem compromisso e serem consideradas declarantes, estão sujeitas ao ônus de comparecer, tanto que poderão ser conduzidas coercitivamente, para cumprir o dever de colaborar com a Justiça.

Há pessoas, por outro lado, que estão proibidas de depor. São as que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo. Estas, todavia, poderão depor se forem desobrigadas pelo titular do segredo. Tem-se entendido que tal liberação não se aplica ao advogado, o qual, em virtude das disposições do Estatuto da Advocacia, está sempre proibido de depor.

Denominam-se testemunhas numerárias aquelas arroladas regularmente pela acusação e pela defesa, respectivamente na denúncia ou na queixa e na defesa prévia. No procedimento comum ordinário e na primeira fase do júri, 8 são as testemunhas numerárias. Oito para cada fato criminoso e 8 para cada réu. No procedimento sumário e plenário do júri o número é de 5 (art. 422).

Se a infração for de pequeno potencial ofensivo, adotará o procedimento da Lei n. 9.099/95 em que não há previsão de número máximo de testemunhas, podendo ser adotado, por paralelismo com o antigo procedimento contravencional, o número de três. Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber de pertinente para a causa.

Não se deve confundir com o critério do Código de Processo Civil, que prevê 3 testemunhas para cada ponto de fato, e 10 no total. No processo penal admitem-se 8 para cada crime e não para cada ponto de fato, o que levaria a um número, eventualmente, muito maior.

Além das testemunhas numerárias, podem ser ouvidas testemunhas, a critério do juiz, e, também, as referidas (art. 209, § 1º), que são as pessoas que as testemunhas indicam como sabedoras dos fatos.

Cabe observar que a prova testemunhal, como qualquer outra, passa pelo exame de pertinência e relevância do juiz. Isto quer dizer que, regularmente arroladas, há presunção da necessidade e interesse em sua audiência, mas isto não quer dizer que, se ficar demonstrada a impertinência da indicação, o juiz não possa e não deva mandar excluí-las do rol, sem que isso constitua cerceamento de defesa.

As testemunhas são intimadas pessoalmente para depor. Os funcionários públicos, civis e militares, são requisitados aos superiores hierárquicos. As autoridades relacionadas no art. 221

(Presidente da República, Vice-Presidente, senadores, deputados etc.) serão inquiridas em local, dia e hora ajustados entre elas e o juiz. As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor serão inquiridas onde estiverem.

As pessoas residentes fora da comarca serão inquiridas por precatória, devendo as partes ser intimadas da sua expedição. A Súmula 155 do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a exigência que gera nulidade é a da intimação da expedição da precatória e não da data da audiência no juízo deprecado, e a falta daquela intimação provoca nulidade relativa, ou seja, que não se decreta se não houver prejuízo. Ao determinar a expedição da precatória, o juiz deverá marcar prazo para seu cumprimento. Esse prazo, evidentemente, não vincula o juiz deprecado, o qual tem a sua própria pauta, mas tem por finalidade permitir o prosseguimento do processo sem que se aguarde o seu retorno. Retornando, mesmo posteriormente, será juntada aos autos, ainda que em segundo grau de jurisdição. Não há, pois, previsão legal para suspensão do processo para que se aguarde o retorno da precatória após o prazo marcado, mas, excepcionalmente, o juiz poderá fazê-lo se se demonstrar que a prova deprecada é fundamental ou decisiva, ou na hipótese de toda a prova oral ser realizada por precatória.

No procedimento, o ofendido e as testemunhas da acusação são ouvidos primeiro, em audiência separada das testemunhas de defesa. Essa ordem integra o direito de defesa e não pode ser invertida, ou seja, enquanto não encerradas as testemunhas de acusação, não serão ouvidas as de defesa. Em duas situações a

ordem não será considerada: no caso de precatória não cumprida e devolvida no prazo, e no caso de audiência antecipada da testemunha que, por enfermidade ou velhice, ou porque terá de ausentar-se, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista ou não seja encontrada.

No processo de réu preso, as testemunhas de acusação devem ser ouvidas em 20 dias contados do fim do prazo da defesa prévia; estando solto, o prazo é de 40 dias. Este último prazo não tem, porém, sanção processual. O excesso quanto ao primeiro pode levar a constrangimento ilegal se a prisão for mantida[108].

As testemunhas e os declarantes serão inquiridos cada um de per si, de modo que uns não ouçam o depoimento dos outros, devendo o juiz advertir as testemunhas das penas de falso testemunho. Dispõe, ainda, o art. 210, parágrafo único, que antes do início da audiência e durante a sua realização serão reservados espaços separados para garantia da incomunicabilidade das testemunhas. É difícil que algum estabelecimento forense possa ter, por exemplo, 50 salas ou espaços reservados para cada testemunha em um processo complexo, ou mesmo 6, 8, 10 ou 20. O que se deve entender é que o juiz deverá assegurar a incomunicabilidade, não por meio de compartimentos físicos isolados, mas por qualquer outro meio, como, por exemplo, a presença constante de Oficial de Justiça.

O sistema de inquirição das testemunhas e demais pessoas sempre foi e continua sendo o presidencialista, porque o juiz é o responsável geral pela produção da prova. O juiz inquire a testemunha, e, depois, as partes podem fazer perguntas. Estas, na

redação original do Código, eram formuladas por intermédio do juiz. Com a alteração promovida pela Lei n. 11.690/2008, as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Evidentemente também aquelas que importarem ofensas ou qualquer outra agressão indevida. Sobre os pontos não esclarecidos, após a inquirição pelo juiz e perguntas das partes, o juiz poderá ainda complementar a inquirição. Quanto às perguntas das partes não admitidas pelo juiz, a parte poderá requerer que fiquem constando do termo, para futura apreciação do cabimento pelo tribunal em grau de recurso. As testemunhas da acusação serão reperguntadas primeiro pelo órgão acusador e, depois, pelo defensor. As de defesa, em ordem inversa: primeiro formula perguntas o defensor e, depois, o acusador.

O depoimento e as declarações são orais, podendo a testemunha, porém, fazer consulta a breves anotações. Excepcionalmente, podem optar pela prestação de depoimento por escrito o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício (art. 221, § 1º). Tal disposição, muito adequada em virtude da dificuldade de serem ouvidas em audiência essas autoridades, não fere o contraditório ou a ampla defesa, porque as partes podem formular as perguntas pertinentes, e, se as respostas não forem satisfatórias ou completas, poderá o juiz deferir

o encaminhamento de perguntas complementares que se fizerem necessárias.

Se ocorrer dúvida quanto à identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

A testemunha ou o ofendido que, intimados, não comparecerem, serão conduzidos coercitivamente pela autoridade policial ou por oficial de justiça, imediatamente ou em nova data marcada pelo juiz, sem prejuízo das penas de desobediência e pagamento de multa e das custas da diligência. Nas penas do não comparecimento também incide a testemunha que não comunicar ao juiz, depois de arrolada, dentro de 1 ano, a mudança de residência.

A testemunha que não for encontrada poderá ser substituída pela parte que a arrolou.

Antes de iniciado o depoimento, a testemunha poderá ser contraditada, arguindo a parte circunstâncias que possam induzir a suspeição de seu depoimento. Constando a arguição e a resposta da testemunha no termo, o juiz não tomará o depoimento da testemunha proibida de depor e não deferirá o compromisso das pessoas relacionadas no art. 208 (doentes e deficientes mentais, menores de 14 anos, parentes do acusado e do ofendido). Estes últimos serão ouvidos em declarações.

Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pela testemunha, reproduzindo fielmente suas frases. A reprodução que não for fiel e puder levar a entendimento diverso do que a testemunha pretendeu dizer pode

ser objeto de impugnação das partes, constando do termo a impugnação não acolhida.

Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

A adoção de qualquer dessas medidas deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

Os depoimentos das testemunhas do ofendido e dos demais declarantes serão reduzidos a termo, que será assinado por eles, pelo juiz e pelas partes. Se a pessoa não souber assinar, ou não puder fazê-lo, assina terceiro a rogo, fazendo-o por ela depois de lido o depoimento na presença de ambos.

A testemunha, o ofendido e os declarantes que não souberem se expressar em língua nacional serão inquiridos com o auxílio de intérprete nomeado pelo juiz. Tratando-se de surdo, mudo ou surdo-mudo, a inquirição se faz com o procedimento do art. 192: ao surdo serão apresentadas as perguntas por escrito, às quais responderá oralmente; ao mudo as perguntas serão apresentadas oralmente, respondendo-as por escrito; ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e respondidas por escrito. Não se exclui, também, a possibilidade de intermediação de intérprete apto a entendê-los.

50. DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS

Há dois tipos de reconhecimento de pessoas ou coisas.

O informal, que, na prática, se realiza na própria audiência de testemunhas, quando o juiz pergunta, por exemplo, em audiência se a testemunha reconhece o réu ou a arma do crime. Esse reconhecimento é confirmatório porque somente complementa o depoimento ou a declaração.

Havendo necessidade de assegurar ao reconhecimento maior certeza e, especialmente, se houver dúvida a respeito da identificação de pessoa ou coisa, deve ser feito o reconhecimento formal previsto nos arts. 226 a 228 do Código.

A pessoa que tiver de fazer o reconhecimento deverá descrever a pessoa ou coisa a ser reconhecida. A pessoa ou coisa a ser reconhecida será colocada, sempre que possível, entre outras semelhantes. Em seguida, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento deverá apontá-la. Se houver receio, no caso de reconhecimento de pessoa, de que o confronto possa intimidar a pessoa que vai fazer o reconhecimento, esta poderá ser colocada em lugar reservado, afastada da presença da outra. De tudo lavrar-se-á auto circunstanciado, assinado pela pessoa chamada a proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas.

Se várias pessoas forem chamadas a fazer o reconhecimento, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

51. DA ACAREAÇÃO

A acareação é o confronto entre quaisquer pessoas que prestam declarações no processo, testemunhas, informantes, ofendido, réu ou réus, a fim de se dirimir contradição entre afirmações feitas por elas.

A acareação é, portanto, prova complementar, e depende dos depoimentos anteriormente prestados, que devem conter alguma contradição que exija esclarecimento. Se o juiz puder afastar um dos depoimentos contraditórios por outros elementos dos autos não haverá necessidade de acareação. Também não se realizará a prova se não for essencial ao resultado final do processo.

A acareação pressupõe a presença das duas pessoas com afirmações contraditórias, de modo que, se uma delas foi ouvida por precatória, poderá ser ouvida novamente a respeito de contradição ou discordância com outro depoimento, mas não haverá, propriamente, acareação. O art. 230 prevê o confronto de depoimentos em face de pessoa ouvida por precatória.

Perante as pessoas acareadas, o juiz exporá os pontos divergentes e solicitará esclarecimentos ou confirmação do que fora afirmado anteriormente, lavrando-se termo do ocorrido. Os acareados poderão ser reperguntados pelas partes sobre os pontos discordantes.

52. DOS DOCUMENTOS

Documento é todo objeto ou coisa do qual, em virtude de linguagem simbólica, se pode extrair a existência de um fato.

O documento, portanto, é composto de dois elementos: o físico ou material e a linguagem simbólica. O elemento físico ou material pode ser qualquer coisa apta a conservar os símbolos, e estes, por sua vez, não são apenas os gráficos ou visuais.

É documento, pois, não só o papel escrito, mas também a fotografia, a gravação magnética de som ou de dados de computador.

Para que o documento tenha valor probante, exigem-se dele duas qualidades: a autenticidade e a veracidade. Documento autêntico significa documento materialmente íntegro; documento veraz é o que, além de íntegro quanto à materialidade, retrata a verdade. Sobre a falsidade documental e sua declaração do processo já se discorreu anteriormente (item 43).

É livre a juntada de documentos, devendo, apenas, em respeito ao contraditório, ser dada ciência à parte contrária. Em um momento, porém, o Código proíbe a sua apresentação: no procedimento do júri, em plenário de julgamento. Esta última proibição abrange não só os documentos propriamente ditos, mas também outros objetos de valor probatório, e será comentada mais amplamente ao se tratar do procedimento do júri. A proibição preserva o princípio do contraditório, evitando a surpresa que pode acarretar a exibição de objeto em plenário do júri sem a intimação prévia da parte contrária. Aliás, à vista desse princípio, não se admitirá a juntada de documentos em oportunidades em que não se possa assegurar à parte contrária o direito de pronunciar-se sobre eles, fazendo, se for o caso, a contraprova pertinente.

Os documentos, como as demais provas, obtidos por meios ilícitos não podem ser considerados, inclusive em virtude de preceito constitucional comentado no item 9.3.

O juiz tem o poder de requisitar documentos, de ofício ou a requerimento da parte. Mas, se sobre o documento, em seu original, houver interesse jurídico de terceiro, poderá ser extraída cópia autenticada que terá o mesmo valor do original, ou o documento será posteriormente devolvido, com traslado nos autos, depois de realizada a sua função no processo, como, por exemplo, a verificação de assinatura.

Os documentos em língua estrangeira, se necessário, serão traduzidos, por tradutor público ou pessoa designada pelo juiz, sem prejuízo, porém, de sua juntada imediata aos autos.

53. DA BUSCA E APREENSÃO

A busca e a apreensão foram tratadas de forma unitária no Capítulo XI do Título VII (“Da prova”) o do Livro I (“Do processo em geral”), do Código de Processo Penal, o que, segundo parte da doutrina, tem provocado confusão por serem institutos autônomos, com características diversas[109].

Dispensando tratamento diverso, Cleunice Bastos Pitombo conceitua a busca como “ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida

privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na *revista* ou *varejamento*, conforme a hipótese: *de pessoa* (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), *semoventes*, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de *vestígios* (rastros, sinais e pistas) da infração”[110].

A busca pode ser pessoal ou domiciliar (art. 240, *caput*).

A busca pessoal será realizada quando houver fundada suspeita de que a pessoa oculte consigo arma, coisas obtidas por meios criminosos, coisas de porte proibido ou de interesse probatório (art. 240, § 2º).

A busca domiciliar, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição da República, à noite ou de dia, somente poderá ser feita no caso de flagrante, desastre ou para prestar socorro e, de dia, nos casos em que, a critério do juiz, for necessário, com o indispensável mandado judicial.

A busca domiciliar pode exigir o arrombamento de porta ou janela, e de tudo será lavrado auto circunstanciado.

Havendo apreensão de objetos que justificaram a busca, será lavrado termo ou auto de apreensão.

Pode haver, também, apreensão sem busca, se a coisa de interesse do processo vem às mãos da autoridade sem origem determinada.

54. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

54.1. *Antecedentes e conceitos básicos*

A Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamentando o inciso XII do art. 5º da Constituição, disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Cabem, previamente, algumas considerações breves sobre a evolução do problema na história mais recente do País, bem como a colocação de alguns conceitos básicos a respeito.

Antes do atual texto constitucional, a Carta Magna assegurava o sigilo das telecomunicações sem qualquer restrição ou ressalva. Paralelamente, estava em vigor o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei n. 4.117/62, que dispunha:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

(...)

II — o conhecimento dado:

(...)

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

(...)

Esse texto era questionado em face da Constituição então vigente, eis que esta garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial

não teria guarida constitucional. Não era esse, contudo, o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias que sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significasse a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves.

A Constituição de 1988, pretendendo superar a polêmica, ao assegurar o sigilo das telecomunicações instituiu ressalva nos seguintes termos:

Art. 5º

(...)

XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

(...)

Lembra Ada Pellegrini Grinover que o presente dispositivo foi promulgado com redação diversa daquela aprovada em dois turnos

pela Assembleia Nacional Constituinte, cuja redação era a seguinte: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual”. O atual texto, bem mais restritivo, foi dado pela Comissão de Redação, que, na aguçada observação da autora, exorbitou seus poderes (art. 3º da EC 26), provocando a inconstitucionalidade formal da referida regra por vício de competência e afronta ao processo legislativo[111].

Em seguida, porém, outra polêmica instaurou-se, qual seja a de ter sido, ou não, recepcionado o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, ou se haveria necessidade de norma específica regulamentadora.

Após opiniões e pronunciamentos judiciais divergentes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 73.351-4-SP, julgada em 9 de maio de 1996, concluiu não estar o aludido dispositivo recepcionado, dependendo, pois, o texto constitucional de lei específica para tornar-se eficaz, de modo que a partir de 1988, por falta de regulamentação, e até a edição de norma legal específica, não se admitiria a interceptação em nenhum caso.

A lei regulamentadora é a agora comentada, a qual continua gerando polêmicas, algumas delas dirimidas por decisão dos Tribunais e outras tantas ainda não enfrentadas na sua aplicação.

Ainda no capítulo das observações preliminares, é importante fazer uma distinção que nem sempre se apresenta, quer em julgamentos, quer em textos doutrinários, qual seja a diferença

entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica (também denominada gravação unilateral clandestina), ou com autorização deste (chamada escuta telefônica), e a interceptação. Esta, em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização dos interlocutores para a escuta e eventual gravação de sua conversa, e com o desconhecimento deles. Tal conversação caracterizará o crime do art. 10 se realizada fora dos casos legais; a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares — o remetente e o destinatário — são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação. Se se considerar que a obtenção foi ilícita, não poderá valer como prova, considerando-se a regra constitucional de que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos (no caso a violação da intimidade), mas não a interceptação de telecomunicações. A problemática da gravação unilateralmente realizada insere-se no mesmo contexto da fotografia ou videogravação oculta, da escuta a distância etc. e nada tem que ver com interceptação telefônica.

A lei não disciplina a interceptação realizada por terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores, também chamada de escuta telefônica. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição, e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal).

Contudo, a doutrina não é pacífica a esse respeito. Há aqueles que entendem que a interceptação realizada por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores, também se encontra no âmbito de incidência do art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.296, que prevê a “interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza”[\[112\]](#).

A hipótese, portanto, não se aplica à lei comentada, inclusive quanto à autorização judicial, porque o Poder Judiciário brasileiro não exerce função consultiva e, no caso de jurisdição voluntária, atua somente nos casos expressos em lei.

Em sentido contrário, aplica-se a disciplina da norma legal comentada (autorização judicial, somente se houver razoável suspeita de prática de

crime punido com reclusão etc.) à quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo não se tratando de "interceptação" propriamente dita, quanto aos registros sobre as comunicações existentes nos concessionários de serviços públicos, tais como a lista de chamadas interurbanas, os números chamados para telefones celulares etc.

Ainda (ciente que estamos de decisões judiciais em contrário, inclusive no campo do direito trabalhista), fica consignada nossa posição no sentido de que os titulares do sigilo das telecomunicações são os interlocutores e estes é que estão protegidos pela garantia constitucional, não o dono do direito de uso da linha telefônica. Ou seja, não pode o titular do direito de uso da linha interceptar, gravando ou ouvindo, conversas de terceiros, salvo, evidentemente, se providenciada a interceptação nos termos e com as cautelas da lei, com autorização judicial, e salvo se, em virtude de norma empresarial, inexistir o sigilo das comunicações com telefones da empresa, do conhecimento daquele que fala ao telefone. Interpretação contrária levaria ao absurdo de se entender que aquele que fala em telefone público não teria a garantia de sigilo das comunicações porque o titular do direito de uso da linha é o Poder Público! O sujeito passivo da interceptação, portanto, é a pessoa que fala e não o titular formal do direito de uso da linha.

No ambiente empresarial é prática costumeira gravar conversas de empregados para a apuração, por exemplo, de desvio de bens e valores ou

condutas de deslealdade em face da empregadora. A gravação ou escuta somente seria possível se os interlocutores fossem previamente advertidos de que aquelas estão sendo realizadas.

54.2 Questões fundamentais da lei

a) Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º

Adentrando questões específicas da lei comentada, desde logo se apresenta a questão da constitucionalidade do parágrafo único de seu art. 1º.

Esse dispositivo estende a aplicabilidade da lei quanto à possibilidade da interceptação ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

O problema depende da extensão que se dê à ressalva ao sigilo conforme o disposto na Constituição, ou seja, se a expressão intercalada “no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas ou também à transmissão de dados.

A interceptação envolve sutilezas gramaticais, mas também elementos de natureza lógica, teleológica e sociológica e, ainda, técnica.

No texto do art. 5º, XII, da Constituição, são duas as interpretações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão “no último caso”, aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas.

A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que "último caso" corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações.

A segunda hipótese interpretativa parte da ideia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as comunicações de dados e telefônicas, e, assim, a expressão "último caso" admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas.

Antes de enfrentar a questão, consigne-se que, em qualquer das interpretações, fica sempre excluída a interceptação de correspondência, considerando-se que, quanto a esta, tendo em vista a absoluta impossibilidade de se compreender o sigilo da correspondência como "último caso", a garantia é plena e incondicionada, aliás segundo o princípio *inclusus unius exclusus alterius*.

Nossa interpretação é no sentido de que "no último caso" refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões:

Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como "no último caso", mas como "no segundo caso". Ademais, segundo os dicionários,

último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo.

Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*).

Com esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades públicas e análogas à correspondência).

Comunicação telefônica não se confunde com comunicação por meio de linha telefônica. Telefone é aparelho de comunicação de voz, de modo que os outros instrumentos que se utilizam da linha telefônica somente por essa razão não podem ser a ele equiparados. Aliás, se a Constituição quisesse essa extensão teria usado a expressão "comunicação por rede telefônica" ou mesmo "por linha telefônica". Não se aplica, pois, a autorização constitucional de interceptação às comunicações de fac-símile, transmissão de dados etc.

Daí decorre que, em nosso entendimento, é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Não se trata, aqui, de se

aventar a possível conveniência de se fazer interceptação nesses sistemas, mas sim de interpretar a Constituição e os limites por ela estabelecidos à quebra do sigilo.

Ademais, do ponto de vista técnico, comunicação telefônica é a comunicação de voz entre pessoas por meio de uma rede interligada que se utiliza de cabos de metal, fibras óticas ou ondas eletromagnéticas. Utilizam-se do mesmo sistema físico, que abrange inclusive cabos submarinos e satélites, outros conteúdos de comunicação (dados, imagem, fac-símile etc.) e que não se confundem com a comunicação telefônica, que se caracteriza pela transmissão de voz entre interlocutores.

b) As exclusões à possibilidade de interceptação

O art. 2º da Lei n. 9.296 optou por, duplamente lamentável, redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que será ela possível. Lamentável, porque a redação negativa sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção.

A questão substancial, porém, antes de se enfrentar a interpretação específica dos incisos, é a de se saber se o legislador, ao definir a amplitude dos casos possíveis de interceptação, respeitou a vontade do texto constitucional.

É certo que o inciso XII do art. 5º da Constituição pode dar a entender que a possibilidade de interceptação, em qualquer caso de investigação criminal ou instrução processual penal, teria dado um

cheque em branco ao legislador ordinário? Obviamente que não, porque a eventual excessiva amplitude das hipóteses de interceptação poderia aniquilar a garantia constitucional do sigilo que, repita-se, é a regra. Passa-se, então, a indagar: a lei atendeu ao *logos del razonable* e ao espírito da Constituição?

No que se refere ao inciso III do art. 2º, parece-nos que somente em parte é que os pronunciamentos judiciais deverão definir melhor os limites dos casos de interceptação legítima.

A possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque é muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o “furor incriminatório” de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.

São crimes punidos com reclusão, na pena máxima, o furto simples (o qual, aliás, pode ter sua pena convertida em multa se for de pequeno valor a *res furtiva*); o estelionato, que também admite, dependendo das circunstâncias, a aplicação apenas de multa; os crimes contra a ordem tributária do art. 1º da Lei n. 8.137/90, os crimes contra o meio ambiente definidos nos arts. 30, 35, 40, 41 etc. da Lei n. 9.605/98; e muitos outros que, salvo situação de

excepcionalíssima gravidade, jamais justificariam a interceptação telefônica. Não é possível previamente estabelecer quais sejam esses crimes ou essas situações, mas entendemos que não será legítima e constitucionalmente sustentável a interceptação se, além da cominação abstrata da pena de reclusão, a situação concreta não seja especialmente grave. Atua, no caso, o princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos.

Observe-se que não se trata, no caso, de inconstitucionalidade da norma, mas sua aplicação pode ser inconstitucional se na hipótese concreta violar essa proporcionalidade.

Interpretação que não leve em conta essa circunstância, estranhamente, admitiria a interceptação telefônica, em qualquer caso, inclusive para a apuração do crime de interceptação telefônica do art. 10 da Lei, que também é punido com reclusão!

Como parâmetro prático para definir a gravidade da infração que justifica a interceptação, pode-se utilizar o rol da Lei de Crimes Hediondos, a lei de prisão temporária e, eventualmente, a legislação estrangeira que também relaciona os crimes que podem ensejá-la.

O STF já entendeu a possibilidade de ser válida a prova de interceptação telefônica em crime apenado com detenção conexo àquele apenado com reclusão que fundamentou o pedido. V. HC 83515/RS, rel. Min. Nelson Jobim.

Os demais incisos do art. 2º contêm conceitos abertos ou indeterminados: se não houver indícios razoáveis de autoria ou

participação em infração penal e se a prova puder ser feita por outros modos disponíveis.

A primeira situação acrescenta mais uma gradação ao termo “indícios” no processo penal. O legislador, dependendo do momento, utiliza-se de indícios somente, indícios suficientes e indícios veementes e, agora, indícios razoáveis[113]. Não é o caso, neste estudo, de se aprofundar a respeito desses diversos graus de convicção, mas, como se vê, trata-se de conceitos usuais na prática processual e que, em princípio, não trarão problemas de apreciação para o juiz.

Diferente é a segunda situação, ou seja, a de que a prova possa ser feita por outros meios disponíveis. Além do aspecto subjetivo que a ideia encerra, o “não estar disponível” pode significar, na verdade, estar oculta (inconsciente ou propositadamente) ou, simplesmente, não haver interesse de se investigar por outro meio. Difícil será a decisão do juiz a respeito, mas desde logo deve-se entender que os meios disponíveis são os existentes no momento em que é solicitada a interceptação. Meios que surgirem posteriormente não a invalidariam, no caso. Mas se a autoridade oculta a possibilidade de outros meios ou age com grave desinteresse, tais atitudes contaminam a prova colhida por meio da interceptação. Em reforço, determina o art. 4º da Lei que o pedido de interceptação deverá conter a demonstração de sua necessidade à apuração de infração penal.

A exigência de que haja indícios razoáveis de autoria ou de participação significa que deve haver fato determinado definido

como crime e que necessite ser apurado e provado. Mera suspeita ou fatos indeterminados não autorizam a interceptação. É indispensável que haja vinculação de alguém a fato criminoso específico punido com reclusão.

Por fim, nem precisaria ser dito, mas sempre é bom ressaltar que não será admitida a interceptação, além dos casos previstos no art. 2º, em todas as hipóteses em que não for possível a ação penal, como, por exemplo, se estiver extinta a punibilidade por qualquer das causas legais ou se faltar condição de procedibilidade.

Nesse sentido, ver julgado do STJ, 6ª T., HC 57.624, rel. Paulo Medina, em que durante a apuração de crime contra a ordem tributária, por não haver o lançamento definitivo do tributo, foi concedida ordem para anular todas as decisões "autorizativas da interceptação das comunicações telefônicas e de dados, aí incluídas as decisões de prorrogação do prazo fixado originalmente e, conseqüentemente, determinar o desentranhamento, dos autos da ação penal já instaurada, de todo e qualquer elemento originado das decisões que ora se anulam".

c) O sujeito passivo da interceptação

Por outro lado, questão mais séria do que identificar a vinculação de alguém (autoria ou participação) a um fato criminoso determinado é a de se saber quem é o sujeito passivo da interceptação. Seria o titular do direito de uso da linha telefônica? Na mesma residência, na mesma empresa, várias pessoas podem

compartilhar de uma linha telefônica e, eventualmente, nenhuma delas é o titular do direito de uso e, em face de apenas uma, há indícios de autoria ou participação em infração penal.

Na mesma linha de pensamento acima desenvolvida quanto ao sigilo, parece- -nos que o sujeito passivo da interceptação é o interlocutor e não o titular formal ou legal do direito de uso, justificando-se a interceptação em face de alguém que se utiliza da linha, ainda que não seja o seu titular. Daí a possibilidade de interceptação telefônica em linha pública, aberta ao público ou de entidade pública.

De mais a mais, não se admite a interceptação telefônica se além do sigilo da comunicação telefônica estiver envolvido outro tipo de sigilo, como, por exemplo, o sigilo profissional, como ocorre na conversa do suspeito com seu advogado.

d) A interceptação em face de terceiros e em face de fatos não previstos

Há que resolver, então, por um lado, o problema do que for apurado em face de terceiros que se utilizam da mesma linha interceptada e, de outro, o daqueles que se comunicam com o sujeito passivo da interceptação e de fatos criminosos que não fundamentaram a interceptação e que surgem por ocasião dela.

Aqui talvez se encontre a questão mais delicada e que gerará o maior número de divergências na lei.

Para encaminhamento da solução desses difíceis problemas, cremos ser necessário remontar à natureza das coisas.

Ao se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores, um dos quais pode não ter qualquer relação com o fato que gerou a autorização judicial, de modo que é impossível dissociar o que foi dito por um do que foi dito pelo outro. Aliás, o usual é que se necessite da interceptação para a demonstração da existência de quadrilha ou bando, de conexão entre pessoas e seu envolvimento em determinado fato criminoso. Assim, por exemplo, se se está investigando a atuação de alguém suspeito de tráfico de drogas, especificamente o que se está querendo saber é de quem adquire a substância, a quem vende e quais seus agentes ou colaboradores. A autorização de interceptação, portanto, parece-nos irrecusável, abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquele que justificou a providência. Caso contrário, a interceptação seria praticamente inútil. Pode ocorrer que se verifique a inocência daquele que justificou a interceptação e o envolvimento de outros. Não vemos, pois, limitação subjetiva à utilização da prova obtida mediante interceptação, desde que relacionada com o fato que a justificou. Os interlocutores não envolvidos estarão protegidos pelo sigilo das conversas, cuja violação é sancionada penalmente pela própria lei.

Outra hipótese é a de surgirem fatos criminosos diferentes daquele que fundamentou a interceptação, como, por exemplo, se, investigando-se o tráfico de drogas, verifica-se a participação em sequestro. Poderia a gravação feita ser utilizada como prova desses fatos? Entendemos que sim, desde que a infração possa ser

ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontra entre as proibições do art. 2º e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão. O que é objeto da investigação é um fato naturalístico que pode apresentar várias facetas e ramificações. Não se investiga a classificação do delito, nem se pode exigir que se tenha conhecimento de todos os aspectos que envolve (aliás, se fossem conhecidos todos eles não precisaria ser realizada a interceptação). Assim, parece irrecusável a possibilidade de, por exemplo, na investigação de um homicídio, chegar-se à ocultação de cadáver.

O que não se admite (inclusive o mesmo ocorre no direito estrangeiro) é a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência.

É certo que, no momento em que a interceptação foi autorizada, não se tinha o requisito dos indícios razoáveis da autoria da infração conexa ou em concurso, mas a interceptação incide sobre as pessoas, é uma exceção ao resguardo da intimidade, de modo que, uma vez legitimamente autorizada em face de alguém em virtude de fato criminoso, admite sua utilização em outros delitos (punidos com reclusão) relacionados com o primeiro. É fato notório que a atividade criminosa, especialmente a organizada, não se limita a uma especialidade, ramificando-se do tráfico de entorpecentes para o sequestro, o contrabando de armas etc. E seria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda a atividade criminosa

dos interceptados no âmbito da continência ou conexão a partir do fato que a justificou. Toda investigação, como o próprio nome diz, envolve um certo grau de incerteza e de abrangência, incompatível com uma delimitação rigorosa de pessoas e fatos. Excluimos, obviamente, a hipótese em que a interceptação foi autorizada com erro do juiz, induzido por informações não corretas da autoridade solicitante.

Poder-se-ia cogitar de extensão ou ratificação da interceptação pelo juiz. Mas não cremos que isso venha a ser adequado, porque se a interceptação foi legítima e a prova pode legitimamente abranger fatos e pessoas diferentes não precisa de extensão ou ratificação; se não pode, em face deles a prova tem origem ilícita e, portanto, não pode ser utilizada, também não sendo passível de ratificação ou extensão.

Outra questão, ainda, é pertinente:

Poderia a prova obtida com a interceptação legalmente realizada para fins de investigação criminal servir em processo civil como prova emprestada?

Cremos que não, pois, no caso, os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova e, somente nessa sede, pode ser utilizada. Em termos práticos, não poderá a prova obtida ser utilizada em ação autônoma, por exemplo, de indenização relativa a direito de família etc. Não haverá impedimento, contudo, de execução civil da sentença penal

condenatória fundada naquela prova para a reparação do dano, porque nesse processo não mais será discutida ou examinada.

Em relação à possibilidade do conteúdo da interceptação telefônica servir de prova emprestada em sindicância administrativa, entendeu o Pleno do STF, no Inq. 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso: "EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal n. 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos

supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova”.

e) O juízo da interceptação e o juízo da causa

Como se verifica, a lei comentada pretendeu resolver o problema da licitude ou ilicitude da prova quanto à sua origem.

Sabe-se que a prova pode ser ilícita em três situações: em virtude da ilicitude do próprio meio, se este não é consentâneo com a cultura do processo moderno, que exige racionalidade e respeito à integridade da pessoa humana; em virtude da imoralidade ou impossibilidade de sua produção; e em virtude da ilicitude de sua origem.

Consagrando essa terceira situação, a Constituição, expressamente, determinou não serem admissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos[114], de modo que se a interceptação não obedecer aos preceitos legais e aos parâmetros constitucionais, a prova com ela obtida não poderá ser utilizada, bem como as dela consequentes, porque se o meio de obtenção da primeira for ilícito, ilícito também será o meio de obtenção das demais que dela decorram.

Aspecto que não concerne diretamente com a interceptação, mas que deverá ser considerado, é o do valor da prova obtida por esse meio e sua idoneidade técnica.

O problema refere-se a qualquer prova e certamente será trazido quanto àquela obtida pelo meio previsto na lei comentada.

Quanto à valoração do conteúdo da prova, passar-se-á certamente pelo sistema da persuasão racional, o confronto com as

demais provas e, inclusive, a confiabilidade de quem a colheu. Quanto à idoneidade técnica da prova, no caso de gravação, não fica excluída a possibilidade de perícia para a identificação de vozes e para a verificação da própria integridade e autenticidade da fita.

Mas antes do aspecto “ponderação do valor” e “autenticidade técnica”, o aproveitamento da prova como tal passa por um juízo de legalidade. Esse juízo foi feito em caráter provisório pelo magistrado que decidiu pela interceptação, mas o juízo definitivo é o do juiz do julgamento do processo penal, mesmo porque somente nessa oportunidade é que pode ficar demonstrada a ilegalidade da medida. O juízo de autorização de realização da prova é provisório, feito sem contraditório, de modo que o juízo definitivo somente pode ser o do juiz da causa principal (ainda que orgânica e fisicamente o mesmo), após a atuação da ampla defesa. Isso quer dizer que, apesar de autorizada pelo juiz, ao final, a prova pode ser considerada ilícita, se demonstrado que não estavam presentes os requisitos constitucionais e legais.

54.3 Procedimento da interceptação

O procedimento de interceptação, que só pode ser determinado por meio de autorização judicial, é de natureza cautelar, sendo sua finalidade a produção de prova processual penal, e os requisitos para sua autorização constituem os seus pressupostos específicos, que se enquadram nos conceitos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para

a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal.

A competência para deferir a medida (juiz competente para a ação principal) é de natureza funcional, tratando-se, pois, de competência absoluta. Tem sido admitida, por força da lei de organização judiciária estadual, em comarcas complexas, a existência de juízos especializados para as providências anteriores ao oferecimento da denúncia, como a concessão da fiança, o relaxamento do flagrante e o *habeas corpus* contra a autoridade policial, as quais também tornariam preventivo o juízo da ação principal nos termos do Código de Processo Penal e da orientação jurisprudencial dominante[115]. A expressa menção na lei de vinculação de competência do juiz da autorização como o juiz da ação principal vai suscitar a alegação de nulidade de atos praticados pelo juiz especializado, mas cremos que vai prevalecer, no caso, o entendimento da autonomia da lei estadual de organização judiciária em estabelecer a competência dos juízos no âmbito de sua justiça, orientação, aliás, prestigiada em diversas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal.

A interceptação poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

A interceptação, portanto, pode ser tanto antecedente ao processo penal quanto incidental, depois daquele instaurado. Nessa segunda hipótese surgirá a indagação a respeito da ciência ao réu em virtude do contraditório e da ampla defesa. Mas é óbvio que a

interceptação somente pode ser sigilosa, sem conhecimento do réu; caso contrário, seria inútil. O contraditório, no caso, dar-se-á *a posteriori*, mediante a possibilidade de ser a prova contraditada, impugnada e discutida antes da sentença.

Em qualquer caso (determinação de ofício ou a requerimento) deverá ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a identificação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

O pedido de interceptação deverá conter a demonstração de sua necessidade e dos pressupostos de sua licitude, com a indicação dos meios a serem empregados.

Quanto a estes, há ponto delicado a considerar.

No sistema do Código Brasileiro de Telecomunicações, a quebra do sigilo telefônico era prerrogativa da companhia concessionária do serviço público, ao passo que, no sistema da Lei (art. 7º), a autoridade poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias, significando que poderá, também, realizar a diligência pessoalmente ou por intermédio de outra pessoa. Se esses últimos forem os meios empregados, grave risco pode correr a intimidade das pessoas e a segurança do sigilo que deve cercar a medida, inclusive em face de eventual responsabilização pelo crime do art. 10.

Para contornar o problema, ao deferir a providência, deverá o juiz determinar também a forma de execução e as cautelas que devem ser tomadas. Poderá determinar, entre outras coisas, que seja feita a interceptação exclusivamente por intermédio da concessionária de

serviço público, ou caso assim não seja, que se faça a identificação precisa de todas as pessoas envolvidas na diligência e, ainda, outros cuidados que entender pertinentes para o resguardo do sigilo e responsabilidade na hipótese de sua quebra.

O pedido de interceptação deve, de regra, ser feito por escrito, mas, excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, caso em que a concessão da autorização será condicionada à sua redução a termo. Também deverá o juiz ordenar a lavratura do termo se a interceptação for determinada de ofício, a fim de que possa cumprir o disposto no art. 8º, qual seja a formação de procedimento a ser autuado em apenso.

A decisão do magistrado, a ser tomada no prazo máximo de 24 horas, deverá obrigatoriamente ser fundamentada sob pena de nulidade e deverá indicar a forma de execução da diligência, que não poderá exceder de 15 dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo.

No entanto, entendeu a 6ª T. do STJ: Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”. 2. Foi por meio da Lei n. 9.296, de

1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – “renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. 3. Inexistindo, na Lei n. 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei n. 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n. 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas,

devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito (HC 76.686/PR, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., julgado em 09/09/2008).

Quanto à fundamentação, valem as observações feitas pela doutrina e jurisprudência quanto ao decreto de prisão preventiva, ou seja, não pode ser genérica ou apenas repetir as palavras da lei, mas deve basear-se em argumentos fáticos específicos do caso.

O deferimento, ou não, da medida, não depende de audiência prévia do Ministério Público, o que, se fosse obrigatório, em caso de urgência, poderia tornar inútil a medida. Todavia, não havendo esse risco, considerando-se ser o Ministério Público o titular da ação penal e o fiscal da aplicação da lei, será de toda conveniência a sua audiência prévia, inclusive para a segurança da utilização da prova posteriormente.

Quem conduz a diligência, dentro dos parâmetros fixados pelo juiz, é a autoridade policial (entenda-se autoridade da polícia judiciária, estadual ou federal, ou autoridade presidente de inquérito policial militar, se se tratar de crime da competência da Justiça Militar[116]), dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

A escuta das comunicações interceptadas poderá, ou não, ser gravada. Em qualquer hipótese, concluída a diligência, deve a autoridade encaminhar o resultado ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas. Se a comunicação interceptada foi gravada, deverá ser

transcrita, sem prejuízo de ser preservada e autenticada a fita original; se não foi, o resumo das operações deverá conter, também, sob responsabilidade de quem ouviu, o conteúdo das conversas interceptadas. Essa pessoa poderá, eventualmente, se necessário, em diligência determinada de ofício ou a requerimento das partes, ser ouvida em juízo.

Esses elementos e mais o requerimento, além da decisão que determinou a interceptação, serão autuados em apartado, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. O apartado, quando a interceptação se realizou antes da ação penal, será apensado aos autos do inquérito policial somente logo antes do relatório da autoridade, e será apensado logo antes da decisão de pronúncia ou sentença definitiva se a medida foi realizada incidentalmente à ação penal. Esses momentos têm razão de ser porque são aqueles em que a prova deve ser apreciada e levada em consideração e, também, porque fica mais seguro para preservar o sigilo, especialmente em face de terceiros mencionados no procedimento. O apenso, por sua vez, deve ser cercado de medidas de proteção do sigilo, tais como embalagem com lacre e outras necessárias à sua não violação.

O art. 9º da Lei prevê a inutilização, por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução criminal ou após esta, da gravação que não interessar à prova, sendo o incidente de inutilização assistido pelo Ministério Público, como fiscal da lei e do interesse público, sendo facultada a presença do acusado ou seu representante legal, se já instituída a figura como tal (se a inutilização for feita antes da

instauração da ação penal não há falar em acusado). A redação categórica da lei impõe que sempre que a gravação não interesse à prova deve obrigatoriamente ser inutilizada, sob pena de, eventualmente, serem responsabilizados os que se omitiram com dolo eventual, pelo crime do art. 10.

A inutilização poderá, e deverá, ser parcial se parte da gravação não interessar à prova do processo, especialmente se concernente à intimidade de terceiros e deverá ser feita assim que constatado o seu desinteresse para a prova. Por outro lado, ainda que o art. 9º se refira exclusivamente à gravação, a inutilização deverá atingir também os resumos ou declarações de conteúdo da interceptação quando feita pessoalmente, sem gravação.

Da decisão que determina, ou não, em caráter definitivo a inutilização, cabe para as partes o recurso de apelação, com fundamento no art. 593, II, do Código de Processo Penal.

O terceiro, se o juiz não o determinar de ofício, pode pleitear ao juiz a inutilização dos registros ou gravação a seu respeito e, se a decisão for de indeferimento, poderá impetrar mandado de segurança contra o ato judicial para a defesa de seu direito ao sigilo e à intimidade.

A minuciosa disciplina do procedimento da interceptação leva à indagação de se o seu descumprimento inutiliza, ou não, a prova.

Para responder a essa questão, cabe distinguir quanto à natureza das normas relativas ao procedimento, que, segundo o princípio da instrumentalidade das formas, existem em função de proteção de determinado bem jurídico. Entre outros, destaca-se o próprio sigilo

das comunicações telefônicas, que somente pode ser quebrado, nos estritos termos legais, em face do acusado, e, esse mesmo sigilo, em face de terceiros. A violação de regra do procedimento, então, pode atingir o réu ou terceiros. Se atingir a garantia do sigilo em face do réu, a consequência será a inutilização da prova, que não poderá ser utilizada em seu desfavor. Se atingir terceiros, não ocorrerá a inutilização da prova, promovendo-se o sancionamento dos responsáveis, inclusive, se for o caso, pelo crime do art. 10. Haverá necessidade de apreciação de cada caso da repercussão do descumprimento da norma procedimental, observando-se sempre que a forma não existe em si mesma, mas para a tutela de um bem jurídico que, se preservado, induz à preservação do ato, ainda que irregular.

Outra questão, ainda, deve ser colocada: em que momento terá o acusado ciência da prova colhida mediante a interceptação?

Não se pode sequer cogitar de prova que não seja sujeita ao contraditório, de forma que tem o acusado o direito de contrapor-se a ela, contraditá-la e fazer contraprova[117]. Para isso, o acusado deverá ter ciência da prova na primeira oportunidade que houver após a sua realização. Se a prova foi realizada durante o inquérito, citado o réu, já poderá o acusado ou seu defensor ter acesso à prova para preparar sua defesa; se realizada durante a instrução processual, após a instauração da ação penal, portanto, o acesso será permitido assim que encerrada a diligência. Na fase de inquérito, se o suspeito ou indiciado desejar utilizar-se de instrumento de tutela da liberdade, como, por exemplo, o *habeas*

corpus, também terá direito de acesso à prova. Não é preciso lembrar que o acesso ao apartado ou apenso pelo Ministério Público, o magistrado ou defensor deve sempre ser cercado da garantia de preservação do sigilo, inclusive para o futuro.

55. DA ENTREGA VIGIADA

Em se tratando de um grupo como organização criminosa, podem ser aplicadas as medidas preconizadas na Convenção de Palermo e na legislação brasileira, especiais em comparação ao combate à criminalidade que não apresenta essa conformação, conforme dissemos no item 19.2.

Entre essas medidas é prevista a chamada “entrega vigiada”, assim definida no art. 2º da Convenção e no art. 20, itens 1 e 4.

Antes da Convenção de Palermo, a entrega vigiada era procedimento recomendado na Convenção de Viena sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes de 1988, promulgada pelo Decreto n. 154, de 26-6-1991, mas não tinha correspondência na então Lei de Tóxicos, a Lei n. 6.368/76. Em termos análogos há, ainda, a previsão do instituto na Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (Decreto n. 5.687/2006) e na Convenção Interamericana contra o Tráfico de Armas (Decreto n. 3.229/99).

No Brasil, a previsão encontra-se na Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), art. 53.

Considerada uma nova forma de investigação na luta contra a narcocriminalidade, a doutrina define a entrega vigiada como uma técnica investigativa na qual a autoridade judicial permite que o

carregamento de drogas, seja qual for o meio de transporte, chegue ao local de destino, sem qualquer intervenção policial, com a finalidade de identificar o remetente, destinatário assim como os demais participantes do fato criminoso[118].

No direito francês, há uma diferença entre entrega vigiada e a entrega controlada. Na primeira, a mercadoria ilegal é objeto de vigilância passiva por parte das autoridades; na segunda, é utilizado o recurso de agentes infiltrados que participam diretamente da operação. No direito brasileiro a distinção não tem relevância, porque, com a combinação, ou não, dos dois incisos do art. 53 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) os requisitos para a autorização e seus efeitos são os mesmos. É certo que do ponto de vista do agente que participa as implicações penais são específicas, mas serão tratadas em outra oportunidade[119].

55.1. Natureza jurídica e efeitos da entrega vigiada

A observação a ser feita na legislação brasileira é a relativa a abrangência e entendimento do inciso II do art. 2º da Lei n. 9.034/95 que, no procedimento de investigação e formação de provas sobre ilícitos praticados por quadrilha de bando ou organizações ou associações criminosas, dispõe sobre a possibilidade de “ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”[120].

Duas são as questões mais importantes que o confronto desse dispositivo e o da Lei de Drogas suscitam:

1. Ambos autorizam as mesmas atitudes das autoridades investigatórias? Ou seja, têm a mesma abrangência e aplicam-se às mesmas situações?

2. Em caso negativo, a especificidade da Lei de Drogas impede que as providências nela previstas se estendam para outras mercadorias ou remessa de objetos que não sejam drogas e assemelhados?

3. Quais os efeitos penais da atuação da autoridade, nos termos da lei, no caso de entrega vigiada no âmbito interno e no âmbito transnacional? Isto é, o que acontece com o crime que deixou de ser perseguido ou punido, durante e depois da entrega vigiada, em caráter temporário e definitivo?

4. Qual a natureza jurídica do instituto da entrega vigiada?

Para responder a tais perguntas, começemos por um confronto verbal dos três dispositivos, o das Leis n. 9.034 e 11.343 e o da Convenção de Palermo, que será facilitado por um quadro comparativo apresentado em seguida.

Lei n. 9.034/95 (Lei de prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas)	Convenção de Palermo, Decreto n. 5.015, de março de 2004 (Convenção das Nações Unidas	Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) Art. 53. Em qualquer fase da perseguição
---	--	---

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I – (Vetado)

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais

contra o Crime Organizado Transnacional)

Art. 2º (...)

l) “Entrega vigiada” – a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II – a não atuação policial sobre os

eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III – (...)

portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde

que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Note-se que os três diplomas têm em comum a finalidade do procedimento: a maior eficácia do ponto de vista da formação das provas e fornecimento de informações, investigar infrações e pessoas envolvidas ou responsabilizar o maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, na redação de cada um.

Desde logo, porém, destacam-se as três seguintes diferenças mais importantes:

1) Tanto a Lei n. 9.034/95 quanto a Convenção de Palermo admitem o instituto no caso de ações de repressão ao crime organizado. Já a Lei n. 11.343/2006 refere-se genericamente aos crimes da Lei, independentemente de a investigação visar a organizações criminosas; podem referir-se a simples concurso ou ao crime de associação nela previsto.

2) As Leis n. 9.034 e 11.343 claramente transmitem a ideia da temporariedade da não atuação policial, sendo que na primeira a linguagem nesse sentido é explícita e na segunda a ressalva final "sem prejuízo da ação penal cabível" também significa que a não

atuação da autoridade tem apenas o sentido de estratégia temporal e não definitiva quanto à caracterização ou repressão ao delito, ou seja, a omissão de atuação não exclui o crime cuja repressão será apenas adiada. Já a Convenção de Palermo dá a entender que seria possível a permissão de que remessas ilícitas transitem em determinado território, no plano transnacional, sem qualquer ação concomitante ou posterior de determinado Estado pelo qual o objeto transitou, como forma de cooperação internacional para a apuração de delitos cujo processo e julgamento ocorreria em outro país.

3) Somente o art. 53 da Lei n. 11.343 prevê que a medida depende de autorização judicial e audiência do Ministério Público.

Quanto à abrangência da Lei de Drogas (item 1, acima), sua especificidade leva à conclusão de que, em se tratando dos crimes que ela define, a técnica da entrega vigiada independe de a investigação encontrar-se no contexto de repressão ao crime organizado, o que se justifica tendo em vista a magnitude do bem jurídico tutelado, a saúde pública, apesar de, na prática, a situação encontrar-se nesse contexto. A diferença está em que, no caso da Lei n. 9.034 e no da Convenção de Palermo, a convicção da existência de organização criminosa é pressuposto para a legitimidade da medida, ao passo que na Lei n. 11.343 o pressuposto é a natureza da mercadoria, qual seja a droga proibida ou controlada. Não vemos como afastar o pressuposto dos dois primeiros diplomas, isto é, a existência, em tese, de organização criminosa, se não se trata de tráfico de drogas. A Lei n. 11.343 não

supera, portanto, o requisito próprio das demais para os outros crimes nela não previstos, no âmbito interno ou transnacional[121].

No que concerne à temporariedade dos efeitos da medida e a ressalva da Lei n. 11.343 (“sem prejuízo da ação penal cabível”), verifica-se que a legislação brasileira repele a descriminalização da conduta sob vigilância[122]. Algo está suspenso, o que adiante se discutirá, mas não a criminalidade da conduta que sofrerá a persecução penal cabível cessada a oportunidade e necessidade da vigilância. A Convenção de Palermo, ainda que incorporada à ordem jurídica brasileira, na omissão, não poderia levar a conclusão diferente porque não cabe a convenções internacionais a incriminação de condutas, ou não, mas apenas a recomendação para a incriminação ou não incriminação. O princípio da legalidade penal, consagrado de maneira indiscutível no Brasil, tem também o sentido de legalidade formal estrita significando que somente lei com o respectivo processo legislativo próprio pode instituir crime, não se admitindo os eventuais substitutivos da lei, como a medida provisória. A interpretação da Convenção de Palermo (e das demais já referidas que preveem a figura), em consonância com a legislação autóctone, somente pode ser no sentido de que não há interferência na tipicidade e punibilidade da conduta vigiada, entendendo-se, em consequência, que autoriza somente a suspensão temporária de medidas de repressão.

No que interfere, então, a entrega vigiada?

Pura e tão somente no art. 301 do Código de Processo Penal quanto ao dever da autoridade policial de prender quem se encontra

em flagrante delito.

Adotada a medida e dentro dos parâmetros estipulados fica suspenso o dever de a autoridade prender em flagrante os agentes envolvidos até que a operação alcance seus objetivos, quer se trate de crime consumado ou consumando-se como os crimes permanentes, quer de uma fase executiva da tentativa. É óbvio que se o acompanhamento se refere a ato preparatório a questão nem se coloca.

Alcançada a finalidade da vigilância ou, por qualquer outro motivo, demonstrada ser infrutífera ou desnecessária, revigora-se o dever da autoridade de prender quem se encontre em flagrante delito e, se isso não for mais possível, adotar as providências necessárias para a persecução, no Brasil, do crime aqui, no todo ou em parte, ocorrido (arts. 5º e 6º do CP).

Na segunda hipótese, qual seja a de não ser mais possível o flagrante no Brasil, pode haver alguma dificuldade processual para a apuração e persecução penal, como, por exemplo, no caso de acompanhamento do trânsito de droga pelo País proveniente de outro e dirigida a um terceiro no qual, em virtude da cooperação internacional contra o crime organizado, mais adequadamente seria desmantelada a organização ali sediada, sendo que, se houvesse o flagrante do transporte em território nacional, isso não seria possível.

O crime, na figura de transportar do art. 33 da Lei n. 11.343, ocorreu em território nacional e é passível de processo. Contudo, não tendo sido efetivado o flagrante e a apreensão da droga, a

comprovação da materialidade dependerá de laudo a ser elaborado no exterior. A validade dessa prova poderá ser discutida no processo brasileiro, e a questão gerará certamente grandes debates, mas o problema é de prova, sua validade e valoração e não da existência ou inexistência da infração penal.

Finalmente resta enfrentar o problema da necessidade, ou não, de autorização judicial para a não atuação policial e, daí, a natureza jurídica dessa autorização se e quando necessária.

A Lei n. 11.343 é expressa: a não atuação policial sobre os portadores de drogas depende de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Já a Lei n. 9.034 nada dispõe nesse sentido, diferentemente do que faz com a infiltração de agentes em tarefas de investigação em que se exige circunstanciada autorização judicial (art. 2º, V, acrescentado pela Lei n. 10.217/2001).

Cabe, aqui, um depoimento de ordem histórica.

A possibilidade da utilização do "underground agent" como instrumento de investigação e formação de provas em ilícitos praticados por organizações criminosas era o inciso I do art. 2º no projeto aprovado pelo Congresso Nacional, mas foi vetado pelo Presidente da República à vista da repulsa de diversos Professores de Direito (eu fui um deles) que oficiaram ao Ministro da Justiça sugerindo que recomendasse ao Presidente da República que o vetasse, porque, dado o modo com que estava redigido, era um convite aos abusos, tendo em vista sua generalidade, falta de parâmetros e requisitos, deficiência de técnica e não exigência de

autorização judicial. Vetado o dispositivo, adveio a Lei n. 10.217, que inseriu a possibilidade de infiltração, mas dependente de autorização judicial circunstanciada.

A ação controlada (inciso II do mesmo artigo) permaneceu como no original, uma medida de investigação e formação de provas sem qualquer exigência da prévia autorização do juiz.

A interpretação histórica leva a essa conclusão, mas não somente ela, também a interpretação sistemática e a lógica, porque se tal autorização é especificamente prevista para a infiltração, por força de lei posterior que poderia tê-la estendido para a ação controlada, se não o fez é porque esta última dela não necessita. Isso não quer dizer que não possa ou não deva haver regulamentação administrativa, inclusive com a definição da autoridade competente para a autorização no âmbito policial, a fim de evitar a omissão criminosa por prevaricação ou participação no próprio delito em curso que não está sendo interrompido ou obstado.

Se a ação controlada, salvo no caso dos delitos da Lei de Drogas, não depende de autorização judicial, a sua natureza é de ato administrativo no exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal, uma vez presentes os pressupostos necessários para a sua efetivação, como acontece com qualquer ato administrativo.

Resta, então, somente, a definição da natureza jurídica da autorização judicial no caso da Lei n. 11.343 ou, *ad argumentandum*, se se entendê-la necessária também nos demais casos.

Analisemos os aspectos da situação.

A ação controlada não é uma prova nem um meio de prova, é um instrumento, uma estratégia, uma prática ou uma técnica para a obtenção de provas ou informações. A prova ou o meio de prova será o que for possível obter com o retardamento da ação policial.

A autorização judicial, então, tem por objeto fiscalizar a necessidade do retardamento e a adequação ao interesse público de uma técnica de investigação que, dada sua delicadeza e implicações, recomenda ou exige o prévio controle judicial.

A função judicial, portanto, é fiscalizadora do interesse público em uma atividade naturalmente de terceiros, no caso as autoridades policiais. Ora, isso não é nada mais nada menos do que a chamada jurisdição voluntária.

Diferentemente da autorização judicial para a interceptação telefônica em que o objetivo é a tutela da garantia constitucional do sigilo das comunicações das pessoas, a decisão judicial que autoriza a ação controlada fiscaliza a própria atuação policial e não interfere na esfera jurídica de terceiros.

Ainda que em ambas as situações seja possível enquadrar a decisão judicial entre os poderes instrutórios do juiz, esta é a diferença essencial: no caso da ação controlada, fiscaliza-se a conduta policial quanto ao não exercício do dever de prender quem se encontre em flagrante delito, sem que isso envolva a invasão da órbita de direitos das pessoas; no caso da autorização para a interceptação, o ato do juiz é constitutivo porque não apenas autoriza o procedimento, mas determina a restrição a direito individual.

As cargas, na terminologia de Pontes de Miranda, das decisões são diferentes, porque na interceptação telefônica o ato judicial tem conteúdo constrictivo ou restritivo de direitos, ao passo que na ação controlada, meramente, permite que a autoridade policial deixe de agir imediatamente como ordinariamente deveria fazê-lo.

Sendo ato de jurisdição voluntária, a autorização para a entrega vigiada está submetida às suas características: não faz coisa julgada, pode ser modificada se houver alteração da situação de fato etc.

Dissemos em outra oportunidade sobre o tema[123]:

A submissão de certos efeitos jurídicos à autorização judicial é de discricionariedade legal. São os valores de cada cultura que determinam os tipos de atos sujeitos ao crivo judicial. Assim, há países em que a separação judicial ou o divórcio não são jurisdicionais e outros em que atos que no Brasil são de livre prática pelos indivíduos dependem de autorização judicial.

É preciso lembrar, também, que mesmo na jurisdição voluntária a atividade jurisdicional não é consultiva das partes. Ela atua, quando provocada (há casos especiais de atuação de ofício quando o interesse público justifica), para proferir uma decisão e não para orientar as partes ou dar-lhes, previamente, um conselho jurídico.

Devis Echandia elencou alguns traços gerais distintivos da jurisdição voluntária em confronto com a jurisdição contenciosa:

a) pela posição que as partes ocupam na relação processual, porque, ao passo que na voluntária os interessados que iniciam o processo perseguem determinados efeitos jurídicos materiais para eles mesmos, na contenciosa os demandantes procuram produzir

efeitos jurídico-materiais obrigatórios para determinados demandados;

b) pela posição do juiz ao ditar a sentença, pois, enquanto na contenciosa o juiz decide entre litigantes (*inter volentes* ou *contra volentem* ou *inter invitos*), na voluntária, ao invés, pronuncia-se só em relação aos interessados (*inter volentes* ou *pro volentibus*); e na voluntária o julgamento não precisa ser sempre a favor de uma das partes e contra a outra, porque pode satisfazer ambas;

c) pelos sujeitos da relação processual, pois na voluntária não existe demandado, senão simples interessado peticionário, ao passo que na contenciosa existe sempre um demandado;

d) pelo conteúdo da relação processual ao iniciar-se o juízo, porque na voluntária se procura dar certeza ou definição a um direito ou certos efeitos jurídicos materiais ou legalidade a um ato, sem que se apresente ao juiz, inicialmente, nenhuma controvérsia nem litígio para sua solução na sentença, e na contenciosa, ao contrário, inicialmente se está pedindo a solução de um litígio com o demandado. A presença do litígio prévio vem a ser a causa do processo;

e) pelos efeitos da sentença, porque na contenciosa o normal é que tenha força de coisa julgada, ao passo que na voluntária jamais constitui coisa julgada. A sentença voluntária será obrigatória enquanto não modificada, mas não é imutável;

f) na jurisdição contenciosa a regra é o juízo de legalidade estrita, ao passo que na voluntária há um juízo de conveniência;

g) na jurisdição voluntária há interessados e não partes.

Assim é na autorização judicial para a ação controlada.

CAPÍTULO IX

DOS SUJEITOS DO PROCESSO

56. CLASSIFICAÇÃO

As pessoas que atuam no processo podem ser classificadas em três categorias: o juiz, as partes e os auxiliares da Justiça.

Essas pessoas são o elemento subjetivo ou pessoal de órgãos, administrativos ou processuais: o juízo, o órgão do Ministério Público, o órgão da defesa e os órgãos de apoio, como a escrivania, o oficialato de justiça etc.

A distinção entre o órgão e a pessoa que o ocupa é importante e será utilizada para dela serem extraídas consequências jurídicas.

O juiz integra o órgão julgador, em primeiro e segundo graus.

No conceito de parte integram-se, segundo a formulação de Liebman, não só quem pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional (colocação de Chiovenda), mas todos os que atuam, no contraditório, perante o juiz.

Essas definições do termo “parte” não são contraditórias ou excludentes. Podem ser utilizadas, ora uma, ora outra, para consequências determinadas, com utilidade em certos institutos do processo. V., a respeito, nosso *Intervenção de terceiros no processo civil*, Saraiva, 1986.

Assim, com esse âmbito, é parte, também, o assistente, mesmo porque, se não é parte, o que é? Idem quanto ao Ministério Público enquanto fiscal da lei.

Na categoria de auxiliares integram-se todos os que, voluntária ou coativamente, participam do apoio à distribuição da Justiça, quer em caráter público ou oficial, quer em caráter eventual, mas não estão no contraditório perante o juiz.

Para fins de exposição, porém, será mantida a classificação ou enumeração do Código: do juiz, do Ministério Público, do acusado e seu defensor, do assistente e dos auxiliares da Justiça.

57. DO JUIZ

O órgão jurisdicional pode ser monocrático ou colegiado. Monocrático é o juízo de primeiro grau, que o Código denomina juiz singular, salvo o júri, que é colegiado. Colegiados são os tribunais, em instância ordinária, especial ou extraordinária.

O órgão jurisdicional, no que concerne aos pressupostos processuais, precisa ser dotado de jurisdição e competência. O juiz, enquanto elemento subjetivo que manifesta a vontade do organismo, precisa de qualidades que legitimem o exercício de suas

funções, genericamente, e, também, especificamente em face de um processo em concreto.

Assim, essas qualidades exigidas pela lei são: a investidura, a capacidade e a imparcialidade.

A *investidura* é o procedimento que atribui ao juiz a qualidade de ocupante do cargo, após regular concurso público, e que o autoriza a exercer o Poder Jurisdicional. A investidura plena ocorre depois de 2 anos de exercício, podendo, nesse período, a lei estabelecer restrições ao julgamento de certas causas, ou seja, enquanto o magistrado não adquire a vitaliciedade poderá ter competência restrita.

Da investidura decorre a *capacidade*, em presunção absoluta e, portanto, inquestionável. A capacidade técnica, a física e a mental são aferidas no correr do procedimento de investidura e não podem ser questionadas no caso concreto para se pretender, por exemplo, anular sua decisão. A incapacidade pode ser motivo de *desinvestidura*, pela aposentadoria, ou, até, demissão, mas enquanto o juiz estiver investido, seus atos não podem ser questionados por esse motivo. Assim, os atos do juiz que se tornou alienado mental são válidos e somente poderão ser questionados em virtude de algum defeito objetivo, como a incoerência interna ou com a matéria dos autos, ou seja, defeitos verificados objetivamente que existam independentemente da capacidade mental do juiz.

A terceira qualidade do magistrado é a *imparcialidade*. A imparcialidade, em primeiro lugar, decorre do sistema legal do processo, que adotou o chamado sistema acusatório, no qual são

distintos o órgão acusador e o órgão julgador. Nesse sentido a imparcialidade decorre da equidistância do juiz em face das partes.

Em segundo lugar, a imparcialidade deve verificar-se em concreto, porque o juiz não pode ter vinculação pessoal com a causa, seus participantes ou com outro magistrado que a julgou ou está julgando.

O Código prevê três grupos de situações que afastam o juiz do processo, voluntariamente ou mediante a apresentação de exceção (v. item 39): os impedimentos (art. 252), as incompatibilidades (art. 253) e as hipóteses de suspeição (art. 254).

Os impedimentos são situações que proíbem o juiz de exercer a jurisdição em determinado processo se:

I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Os vínculos que geram impedimentos, como se vê, são objetivos e afastam o juiz independentemente de seu ânimo subjetivo.

É costume repetir-se que o impedimento retira do juiz a jurisdição. Essa assertiva, contudo, não é verdadeira. Jurisdição ele continua tendo, porque não está desinvestido. Ele somente está proibido de exercê-la naquele processo com o qual tem um dos vínculos relacionados no art. 252. A distinção é importante porque se o juiz não tivesse jurisdição (aliás, então, ele não seria juiz) seus atos seriam inexistentes, ao passo que, na realidade, o que ocorre é que seus atos são nulos, absolutamente nulos. A diferença levará a consequências diversas no plano das nulidades e sua decretação, como se verá no capítulo próprio.

A incompatibilidade decorre do parentesco entre juízes em órgãos colegiados. Não podem servir no mesmo órgão colegiado os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau inclusive (art. 253). O cônjuge não é parente, mas é evidente que não poderá atuar no mesmo órgão jurisdicional que o outro, porque se o parente afim está proibido, com maior razão o próprio cônjuge. As hipóteses de incompatibilidade entre jurados estão previstas no art. 448, com nova redação dada pela Lei n. 11.689, de 2008, que as definiu com maior precisão.

A violação da regra de incompatibilidade gera nulidade absoluta, nos mesmos termos dos impedimentos.

Finalmente, o juiz dar-se-á por suspeito e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes, mediante a apresentação da exceção respectiva, se:

I – for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II – ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III – ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha sido julgado por qualquer das partes;

IV – tiver aconselhado qualquer das partes;

V – for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI – for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

O impedimento ou a suspeição (e acrescente-se a incompatibilidade) decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendente; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo.

Não há suspeição por amizade íntima ou relacionamento, ainda que bastante cordial, entre juiz, promotor e advogados da comarca, nem se considera aconselhamento da parte a natural troca de opiniões técnicas de teses jurídicas, ainda que relacionadas com casos concretos. A amizade íntima que leva ao afastamento do juiz deve ser aquela profunda e decorrente de motivação pessoal, exatamente aquela que retira a possibilidade de ser o juiz imparcial. O aconselhamento deve ser o interessado, o decisivo no caso concreto e em função dele.

Não haverá, também, inimizade capital pelo simples fato de ter o juiz condenado o mesmo réu várias vezes.

O rol dos casos de impedimento, incompatibilidade ou suspeição é taxativo, não se excluindo a possibilidade, porém, de o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida quando a parte injuriar o juiz ou se de propósito der motivo para criá-la.

Se reconhecida na exceção respectiva, a suspeição acarreta a decretação da nulidade de todos os atos praticados pelo juiz afastado; mas, se a suspeição se revelar em oportunidade que não permita mais a exceção, como, por exemplo, depois de transitada a sentença condenatória em julgado, só se decreta a nulidade se se demonstrar prejuízo, ou seja, que houve influência no resultado.

No exercício da jurisdição, o juiz é dotado de poderes, para que se possa alcançar o objetivo do processo que é a aplicação correta da lei penal. Daí dizer-se que o juiz é o *dominus processus*, porque o preside, cabendo-lhe a sua condução regular até a sentença final.

Não se conseguiu, ainda, uma classificação satisfatória dos poderes do juiz no processo, de modo que o que se costuma fazer é uma enumeração, não rigorosa e que tem finalidade meramente exemplificativa.

Entre esses poderes que são também deveres, como acontece no direito público em geral quanto aos poderes das autoridades, podem ser enumerados:

a. poderes instrutórios, como o de presidir a prova, determinar diligências, ouvir testemunhas não numerárias e intervir nos exames

periciais, instituídos, entre outros, nos arts. 156, 209, 168 e 176;

b. poderes de disciplina processual, como o de indeferir perguntas impertinentes às testemunhas, o de formar a lista de jurados, o de determinar o saneamento de irregularidades, nos arts. 212, 423 etc.;

c. poderes de coerção, como o de determinar a condução de testemunhas, ofendido e acusado, por exemplo nos arts. 201, 218 e 260, ou determinar a utilização de força;

d. poder de velar pela defesa técnica e representação processual das partes, nomeando advogado ao querelante (art. 32), ao acusado (arts. 149, 263, 266 e 396-A) e ao ofendido (art. 33). O juiz, também, no júri pode declarar o réu indefeso, anulando o julgamento (art. 497, V);

e. poderes decisórios, proferindo despachos, decisões e sentença;

f. poderes anômalos, de concessão de *habeas corpus* de ofício, de recorrer de ofício e de requisitar inquérito.

Havia outro, o de provocar a *mutatio libelli*, nos termos do art. 384. Com a redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008, o art. 384, de forma acertada, não prevê tal possibilidade.

Lembre-se que, em versões anteriores do Código, o juiz tinha, ainda, o poder de iniciativa da ação penal contravencional, estendido aos delitos de homicídio e lesão corporal culposos pela Lei n. 4.611/65, a qual, porém, foi revogada pela Constituição de

1988, que atribui ao Ministério Público a exclusividade da ação penal pública.

Esses poderes são anômalos porque fogem da natural inércia que deve caracterizar a atuação jurisdicional. Na verdade, somente se justifica, no processo penal moderno, o poder da concessão do *habeas corpus* de ofício, como instrumento excepcional de tutela da liberdade, porque todos os demais deveriam ser reservados ao Ministério Público, como órgão agente e não julgador.

58. DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é o órgão do Estado que, no processo penal, é o titular da ação penal pública e o fiscal da correta aplicação da lei.

Fundem-se as funções de órgão agente, enquanto titular da ação penal pública, e de órgão fiscalizador. Essas duas funções, às vezes aparentemente contraditórias, não o são, na verdade, porque a função acusatória também é uma forma de promoção da atuação da lei, nos termos colocados no art. 257 do Código, com a nova redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008, que dispõe:

“Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II – fiscalizar a execução da lei”.

Bem explicou o conceito de “promover e fiscalizar a execução da lei” (redação anterior do art. 257, mas que continua valendo) Afrânio da Silva Jardim[124], ou seja, o Ministério Público, conforme o ato a

ser praticado, pode assumir posições formalmente diferenciadas, mas sempre com o mesmo escopo, a atuação da vontade da lei. Não pode, porém, perder a perspectiva acusatória, já que a sociedade exige a sua eficaz atuação na recomposição do equilíbrio social abalado pelo crime. Das posições dialéticas acusação-defesa poderá resultar a atuação justa da norma penal.

Dois princípios institucionais regem a atuação do Ministério Público: o da unidade e indivisibilidade e o da autonomia funcional.

Já se tentou conceituar separadamente a unidade e a indivisibilidade como princípios distintos. Todavia, ambas são apenas aspectos do mesmo conceito, como se exporá no texto.

A unidade e a indivisibilidade significam que o órgão do Ministério Público, ao atuar, atua enquanto instituição e esgota a atividade dela naquele momento. Por outro lado, concentra-se no Procurador-Geral todo o conjunto de atribuições do Ministério Público, de modo que pode ele praticar qualquer dos atos de cada um dos órgãos da instituição em particular.

Isto quer dizer que pode o Procurador-Geral avocar a prática de um ato, designar promotor para fazê-lo, designar promotor especial para determinado caso, bem como delegar atribuições.

É polêmica a figura do “promotor natural”. Há corrente que sustenta a necessidade de que, à semelhança do juiz natural, o membro do Ministério Público também tenha a sua competência definida por normas gerais impeditivas da interferência

superior. Essa posição proibiria o Procurador-Geral de designar promotor especial para determinado caso ou de avocar a prática de ato. Todavia, a persecução penal, inclusive em virtude de sua repercussão política, exige maior liberdade do Procurador-Geral, uma vez que a função do Ministério Público deve ser dirigida, acentuada, ou não, em face de certas situações. E isso só é possível com o poder de o Procurador-Geral designar promotor especial para o caso, ou, até, equipe de promotores.

Isso tudo, porém, antes da prática do ato, porque aquele, uma vez praticado, esgota a atuação do Ministério Público para aquele momento processual, tornando-se irreversível. Assim, por exemplo, antes da denúncia pode o Procurador-Geral avocar o inquérito e, ele próprio, deliberar sobre o seu oferecimento, ou não. Todavia, uma vez oferecida, nem o Procurador-Geral poderá retirá-la.

A autonomia funcional significa que a cada membro do Ministério Público cabe a deliberação do conteúdo do ato que deve praticar, não se vinculando a atuação anterior, sua própria ou de outro membro do *Parquet*. Assim, cabe ao promotor competente para o exame do inquérito a deliberação do pedido de arquivamento ou do oferecimento da denúncia, não querendo dizer que deva pedir a condenação nas futuras alegações finais. Assim também, ainda que ele tenha opinado pela absolvição, pode apelar da sentença absolutória pleiteando a condenação. Isto quer dizer que, em cada

ato processual, há a apreciação autônoma do interesse público, praticando-se o ato adequado à interpretação do interesse público naquele momento, ainda que em momento anterior a interpretação tenha sido diferente.

Pode ocorrer, todavia, que o promotor atue por delegação expressa do Procurador-Geral para a prática de ato em determinado sentido. É o que ocorre na hipótese do art. 28, se o Procurador-Geral acolhe a rejeição ao pedido de arquivamento e designa promotor para oferecer a denúncia. Este promotor atua por delegação, de modo que não pode, alegando autonomia funcional, deixar de oferecer a peça acusatória. A deliberação do oferecimento da denúncia já foi tomada pelo Procurador-Geral, de modo que apenas cabe ao promotor cumprir a determinação. Poderá haver escusa pessoal por impedimento ou suspeição, mas a denúncia por aquele, ou outro, membro da instituição será, de qualquer maneira, oferecida.

Os princípios que regem a ação penal condicionam a atuação do Ministério Público. A necessidade e a indisponibilidade da ação penal pública, por exemplo, impedem que o Ministério Público desista da ação penal ou do recurso interposto ou renuncie a ele. Na ação penal exclusivamente privada, ainda que enquanto fiscal da lei, não pode o Ministério Público sobrepor-se à disponibilidade da ação.

As funções do Ministério Público iniciam-se mesmo antes do início da ação penal. Pode ele requisitar o inquérito policial, exercendo, nos termos do art. 129 da Constituição Federal, o controle externo

da atividade policial. Pode requisitar documentos e diligências diretamente, independentemente de autorização judicial.

No processo, contudo, existem ônus processuais, a despeito de a maioria deles ser de ônus impróprios ou diminuídos, como, por exemplo, o do oferecimento da denúncia. Tem, contudo, o ônus perfeito ou pleno de recorrer.

Ônus impróprio ou diminuído, que se contrapõe ao ônus perfeito ou pleno, é o que não acarreta a preclusão se o ato não for praticado no prazo legal.

Podem ser arguidos a suspeição ou o impedimento do membro do Ministério Público, conforme relatado no item 38, porque a ele se estendem, no que for aplicável, as mesmas restrições dos juízes.

59. DO ACUSADO E SEU DEFENSOR

O acusado é a pessoa natural, maior de 18 anos, a quem se imputa a prática de uma infração penal.

Poderá ser acusado, também, pessoa jurídica nos termos do art. 3º da Lei n. 9.605, de 1998, que instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica na prática dos crimes ambientais, de acordo com o que dispõe o art. 225, § 3º, da Constituição Federal[125]. Assim, a responsabilidade penal não mais se restringe à responsabilidade penal pessoal com relação à pessoa física, tradicionalmente a única adotada ao longo da evolução do direito

penal em que vigorava o princípio *societas delinquere non potest*[\[126\]](#). V. item 47, sobre quem será interrogado em se tratando do processo penal desencadeado contra a pessoa jurídica.

Somente tem capacidade processual passiva a pessoa natural maior de 18 anos.

O sistema constitucional e o Código cercam-no de garantias, algumas pré-processuais ou paraprocessuais, como já analisado no Capítulo I. Todavia, tem o acusado, em decorrência do processo, ônus processuais: o ônus de comparecer, de ser identificado, com a ressalva do art. 5º, LVII, da Constituição, o de contrariar a acusação, o de permanecer no distrito da culpa, salvo autorização do juiz, sob pena de revelia etc. O acusado poderá ser conduzido coercitivamente para atos processuais em que sua presença seja necessária, como, por exemplo, o reconhecimento ou a acareação. Preserva-se, porém, o direito constitucional de permanecer calado.

O acusado é sempre pessoa certa. Pode haver incerteza quanto a certos dados de sua qualificação, mas a certeza física é indispensável. Sendo esta certa, os dados de qualificação serão agregados ou retificados a qualquer tempo, inclusive na fase de execução da pena.

O acusado, ainda que ausente ou foragido, terá sempre defensor, cabendo ao juiz o dever de velar pela defesa técnica, que é necessária.

A propósito, dispõe a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de

defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Essa Súmula vale como princípio e faz importante distinção que será mais amplamente discutida no capítulo sobre as nulidades. Afirma, porém, a necessidade da defesa técnica como requisito de validade do processo.

Há quatro tipos de defensor:

- 1.** o constituído;
- 2.** o dativo;
- 3.** o *ad hoc*;
- 4.** o curador.

O defensor, no atual estágio brasileiro, é o advogado, não se justificando mais, sob pena de violação da ampla defesa, a atuação de pessoa que não o seja.

O defensor constituído é o advogado com procuração do acusado ou que por ele foi indicado no interrogatório (art. 266).

O dativo é o nomeado pelo juiz, se o acusado não tiver, não puder ter, ou mesmo não quiser ter defensor. Só não se nomeará defensor se o acusado quiser defender-se pessoalmente, mas precisa, para isso, ser advogado. O dativo, uma vez nomeado e aceitando a função, defenderá o acusado em todos os termos do processo.

O defensor *ad hoc* é o nomeado pelo juiz para atos processuais determinados, na hipótese de o defensor, constituído ou dativo,

apesar de regularmente intimado, e ainda que motivadamente, não comparecer. Isto porque o ato processual, tendo havido intimação do defensor, não se adia pelo seu não comparecimento injustificado (art. 265, § 2º, com redação da Lei n. 11.719/2008). Também deverá o juiz nomear defensor *ad hoc* se entender que um ato é importante à defesa e não foi praticado pelo dativo ou pelo constituído, como, por exemplo, a elaboração de alegações finais ou de razões de recurso.

A jurisprudência tem admitido maiores poderes ao defensor constituído do que ao dativo, o que é compreensível em virtude da sua maior vinculação com o acusado e da relação de confiança entre ambos. Assim, tem sido aceita a desistência de comparecimento do acusado preso à audiência se é formulada pelo defensor constituído, mas não pelo dativo, o que, aliás, é salutar para evitar que o dativo, devido a seu vínculo com o juízo, venha a dar cobertura a falhas de requisição do réu preso.

Para três finalidades o Código exige poderes especiais ao advogado: para aceitar o perdão (arts. 55 e 59), para apresentar exceção de suspeição (art. 98) e para arguir a falsidade de documento (art. 146). A primeira é ato de repercussão no direito material e importa no reconhecimento de que o fato ocorreu; logo, somente pode produzir efeitos se o acusado expressamente deu tal poder a seu advogado. As duas outras têm por finalidade definir claramente a responsabilidade pela prática do ato, se do acusado ou de seu defensor, porque na arguição de suspeição ou da falsidade pode haver a imputação de crime ou fato injurioso, difamatório ou

calunioso. Todavia, se o réu está ausente e não pode, portanto, outorgar poderes especiais nesses dois casos, haverá violação da ampla defesa se se impedir a arguição de suspeição ou da falsidade por falta de procuração com poderes especiais. Nesse caso, a finalidade da lei, que é, como se disse, a definição de responsabilidade, já está cumprida, uma vez que, ausente o acusado, a iniciativa é exclusiva do advogado.

Já vigorou interpretação no sentido de que o acusado revel não podia ter advogado constituído. Essa interpretação era extraída da literalidade do art. 564, III, c, que dá a entender que ao réu ausente sempre deveria ser nomeado defensor. Todavia, atualmente, entende-se que a revelia é faculdade do réu e não pode impor-lhe a penalidade de afastar seu advogado constituído. E havendo defensor constituído não se nomeia dativo.

O curador é o defensor especial, nomeado pelo juiz ao incapaz ou suspeito de incapacidade mental, ou ao índio no regime de sua legislação. A finalidade da nomeação é a especial atenção que merece o acusado nessas circunstâncias, devendo haver defesa por advogado de confiança do juiz, que possa suprir a situação de inferioridade em que se encontra o acusado. É possível, porém, a nomeação, como curador, do próprio defensor constituído ou do dativo, desde que de confiança do juiz.

Não há mais que se falar em nomeação de curador para o acusado maior de 18 anos, ainda que menor de 21, como ocorria na

redação original do Código, porque no vigente sistema legal civil a maioria plena civil e penal se atinge aos 18 anos (art. 5º, *caput*, do CC). Além disso, o art. 194 que exigia a nomeação de curador ao acusado menor, em seu interrogatório, foi expressamente revogado pela Lei n. 10.792, de 2003.

Observe que a função de assistência do acusado menor pelo curador já havia perdido sua imprescindibilidade, nos termos da Súmula 352 do STF: “Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo”.

O defensor tem os deveres decorrentes da disciplina estatutária da Ordem dos Advogados do Brasil, mas especificamente dispõe o art. 265 do Código, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008:

“Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.

§ 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato”.

É evidente que haverá situações além das previstas em que mesmo sem a justificativa prévia o juiz adiará a audiência, como, por

exemplo, se o defensor vier a sofrer mal súbito no correr do próprio ato, fato que mais de uma vez já ocorreu na prática forense, tendo havido caso, até, de defensor que faleceu no correr do ato ou sofreu acidente momentos antes, sem poder justificar formalmente, mas que tal fato chegou ao conhecimento do juiz. Saberá o magistrado distinguir entre o defensor realmente faltoso e aquele que, por força maior, ficou impedido de comparecer sem tempo hábil de apresentar justificativa.

60. DO ASSISTENTE

O assistente é o ofendido, seu representante legal ou seu sucessor, auxiliar da acusação pública. O fundamento da possibilidade de sua intervenção é o seu interesse na reparação civil, mas o assistente atua, também, em colaboração com a acusação pública no sentido da aplicação da lei penal.

Há quem sustente que o interesse da intervenção do assistente é exclusivamente o da reparação civil que advirá da sentença penal condenatória. Isso, todavia, não nos parece correto, porque, se assim fosse, o assistente não poderia intervir se tivesse, por exemplo, já proposto a ação civil de conhecimento, sem aguardar a sentença condenatória, ou se, previamente, renunciasse à vantagem econômica que poderia resultar da indenização. Esses fatos não impedem o ingresso, que tem, portanto, também, um fundamento de

interesse público, qual seja, o de colaboração com a Justiça pública[127].

No processo penal brasileiro, o assistente não promove, paralelamente à ação penal, a ação civil, que deve ser proposta, separadamente, no juízo cível, como ação de conhecimento ou, posteriormente, como execução da sentença penal condenatória (v. item 28).

Só podem ser assistentes o ofendido, o seu representante legal e seus sucessores.

Ofendido tem sentido técnico penal; é o sujeito passivo da infração. Nas infrações em que não há ofendido determinado, em que o sujeito passivo é a coletividade, não pode haver assistente, ainda que tenha havido um prejudicado. Por exemplo, no caso de crime de tráfico de entorpecentes, um dos núcleos do tipo é “ministrar”. Alguém foi prejudicado com o ato de ministrar, mas não poderá ingressar como assistente, porque os crimes da Lei n. 11.343/2006 são de perigo contra a saúde pública, sendo o sujeito passivo a coletividade. O mesmo pode ocorrer, entre outras hipóteses, com os crimes contra a fé pública, nos quais pode haver um prejudicado com a falsidade. No caso de contravenção penal, também, não há ofendido.

Há divergência quanto aos crimes contra a Administração Pública. Poderia a Fazenda, em crime, por exemplo, de peculato, ingressar como assistente? Entendemos que sim, porque o interesse patrimonial e a qualidade de ofendido da Fazenda não se confundem com a função institucional do Ministério Público de titular da ação

penal. O Ministério Público não representa a Administração, logo não se esgota nele o interesse de intervir para preservar a reparação civil e colaborar na aplicação da lei penal. Há decisões de tribunais, porém, impedindo a intervenção da Fazenda como assistente porque o Ministério Público absorveria todos os interesses públicos envolvidos na ação penal.

É sempre importante distinguir “jurisprudência” e “decisões”. Estas são isoladas ou, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, especiais para as hipóteses a que se refiram. Jurisprudência significa o entendimento assentado, reiteradamente aplicado, ainda que não unânime, pelo menos com os argumentos que a sustentaram esgotados. Há, pois, jurisprudência quando houver reiteração de julgamentos, mas também quando não houver argumentos novos a considerar.

Diferentemente, tem sido admitida a intervenção, como assistente, do funcionário que, em crime contra a administração pública, vem a sofrer lesão pessoal. Nesse caso, o funcionário, enquanto pessoa, é, também, sujeito passivo, uma vez que personifica um interesse individual diferente do interesse do Estado, e, como tal, o funcionário poderá ingressar como assistente.

Na hipótese de pluralidade de ofendidos, poderá haver pluralidade de assistentes. O corréu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público (art. 270).

O Código, impropriamente, dispõe que poderá intervir como assistente o representante legal do ofendido. O representante legal não será assistente, em nome próprio. O assistente será o ofendido, incapaz, representado por seu pai, tutor ou curador. Se se fixasse que o representante legal atua em nome próprio, haveria substituição processual quanto ao interesse de reparação civil que motivaria a intervenção, porque o interesse é do ofendido, ainda que incapaz. Deve entender-se, pois, que a figura é a da representação, e não da substituição processual, atuando o representante legal em nome do incapaz, e não em nome próprio em favor do incapaz. Essa impropriedade se repete, no Código, entre outras vezes, no art. 30, quanto ao exercício do direito de queixa.

Sucessores do ofendido são os relacionados no art. 31: o cônjuge, o ascendente, o descendente e o irmão. Esses atuarão em nome próprio, porque o direito à reparação do dano ou à aplicação da lei penal lhes é próprio.

Hipótese controvertida é saber se o convivente da vítima pode figurar como assistente da acusação. Para Antônio Scarance Fernandes a hipótese é aceitável tendo em vista o reconhecimento constitucional da união estável (art. 226, § 3º), cuja família possui os mesmos direitos da família constituída pelo casamento, não prevalecendo qualquer interpretação restritiva[128].

Mais de um ascendente, descendente ou irmão pode acarretar mais de um assistente.

Ressalte-se que o art. 530-H, acrescentado pela Lei n.10.695, de 2003, prevê a possibilidade de as associações de titulares de direitos de autor e os que lhes são conexos funcionarem como assistente de acusação nos crimes previstos no art. 184 do Código Penal (violação de direito autoral), quando praticados em detrimento de qualquer de seus associados.

Por fim, ainda sobre a legitimidade, Antônio Scarance Fernandes registra que podem ser assistentes: a Ordem dos Advogados do Brasil (representada pelos Presidentes dos Conselhos e das Subseções), em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos advogados inscritos na OAB (art. 49, parágrafo único, da Lei n. 8.906, de 1994); a Comissão de Valores Mobiliários – CVM e o Banco Central do Brasil, quando o crime contra o Sistema Financeiro Nacional tiver sido praticado no âmbito da atividade sujeita à disciplina e fiscalização desses órgãos (art. 26, parágrafo único, da Lei n. 7.492, de 1986); as entidades e associações referidas no art. 82, III e IV, de acordo com art. 80 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), cuidando-se de crimes e contravenções que envolvam relações de consumo; qualquer credor habilitado ou o administrador judicial da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, nos crimes falimentares (Lei n. 11.101, de 2005 – *nossa atualização*); os órgãos federais ou municipais, interessados na apuração de responsabilidade do prefeito (art. 2º, §1º, do Decreto-Lei n. 201, de 27-2-1967)[129].

O assistente poderá ingressar a partir do recebimento da denúncia e até o trânsito em julgado da sentença, recebendo a

causa no estado em que se encontrar. Não se admite assistente perante o inquérito policial ou na fase de execução da pena.

Requerida a habilitação do assistente, será ouvido o Ministério Público e o juiz decidirá em despacho irrecorrível (art. 273), devendo o pedido e a decisão constarem dos autos, ainda que de indeferimento. Apesar de algumas decisões em contrário, entendemos caber mandado de segurança contra a decisão que indefere o ingresso do assistente, porque existe o direito líquido e certo do ofendido de participar do processo nos casos legais, e se o indeferimento viola esse direito o remédio para fazê-lo valer é o mandado de segurança.

Uma vez habilitado, o assistente será intimado de todos os atos do processo, na pessoa de seu advogado, mas se não comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo, deixará de sê-lo, prosseguindo o processo sem sua intimação.

Sua atuação, porém, é de direito estrito, podendo praticar somente os atos relacionados no art. 271, o qual, também, merece interpretação estrita.

Pode ele propor meios de prova. Propor significa sugerir, ficando a critério do juiz o seu deferimento, ou não, após ouvir o Ministério Público. Não pode, portanto, arrolar testemunhas, nem para completar o número legal, não só porque a oportunidade da acusação já está ultrapassada (foi na denúncia), mas também porque propor prova é diferente da faculdade das partes de arrolar testemunhas, que gera a presunção da pertinência da prova, como

se mostrou no item próprio (49). Pode, porém, requerer perguntas às testemunhas.

Refere, ainda, o art. 271 que o assistente pode aditar o libelo e os articulados. Quanto aos articulados, não se trata, em verdade, de aditamento, mas de manifestação autônoma, como nas alegações finais. Quanto ao libelo, a questão está superada porque esse ato não mais existe no procedimento do júri e mesmo antes entendia-se que pouco ou nada tinha o assistente a aditar. Participa, ainda, o assistente do debate oral, como adiante se verá quando se discorrer sobre a audiência nos diversos procedimentos.

Pode arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público e pode interpor e arrazoar os recursos nos casos de absolvição (art. 598), impronúncia e decretação da extinção da punibilidade (art. 584, § 1º). Somente nesses casos é que o assistente pode recorrer.

No caso de impronúncia e absolvição sumária em que o recurso cabível era no sentido estrito, pode o assistente ainda recorrer, mas na forma de apelação, adaptando-se o entendimento do art. 584, § 1º, do Código à nova sistemática.

Sobre o recurso do assistente há três Súmulas do Supremo Tribunal Federal.

A Súmula 208 impede o assistente de recorrer, extraordinariamente, da decisão concessiva de *habeas corpus*. A decisão concessiva de *habeas corpus* não se enquadra em nenhuma das alternativas acima; logo, o recurso é incabível, ainda que a decisão tenha trancado a ação penal.

A Súmula 210, ao contrário, admite o extraordinário se a decisão recorrida tiver um dos três conteúdos referidos nos arts. 584, § 1º, e 598.

Já a Súmula 448 prevê que o prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o decurso do prazo do Ministério Público. Essa Súmula, contudo, apesar de não ter sido, ainda, cancelada, foi superada por decisões posteriores do Supremo Tribunal Federal. O Supremo concluiu que a regra constante da Súmula, que, de certa forma, reproduz o parágrafo único do art. 598, aplica-se ao ofendido que não estava habilitado como assistente. Isto porque, se o ofendido estava habilitado como assistente, tem direito de ser intimado, correndo o prazo recursal da data da intimação. E, nesse caso, seu prazo não é de 15 dias, como prevê o parágrafo único do art. 598, mas igual ao das partes, 5 dias. O que sobrou da súmula é que o recurso do assistente é supletivo, ou seja, se o Ministério Público apelou, o recurso do assistente não será conhecido, porque fica prejudicado pelo conhecimento do recurso do órgão da acusação pública.

Discute-se se o assistente pode apelar para aumentar a pena. Quem reduz o interesse do assistente à reparação civil exclui a possibilidade, porque a quantidade da pena não interfere na

responsabilidade civil, uma vez que já houve condenação. Todavia, ainda que o assistente intervenha, também, com a finalidade de colaboração com a justiça, a quantidade da pena não lhe concerne. Trata-se de aplicação puramente técnica e de interesse público, encontrando-se a atividade de colaboração com a justiça esgotada com a condenação. Só o Ministério Público pode recorrer da quantidade da pena ou concessão de benefício penal.

61. DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

61.1. Conceito

A figura central do juízo é, evidentemente, o juiz; todavia, sua atuação depende de órgãos de apoio, em caráter permanente ou eventual, para a prática de determinados atos.

São, pois, auxiliares do juízo todas as pessoas que são convocadas a colaborar com a justiça, ou por dever funcional permanente ou por eventualidade de determinada situação. Além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas estaduais de organização judiciária, são auxiliares do juízo: o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

O juízo, em sua forma mais simples, conforme, aliás, lembra Chiovenda, necessariamente é constituído pelo juiz, pelo oficial de justiça e pelo escrivão. Moacyr Amaral Santos^[130] classifica os auxiliares da justiça em auxiliares propriamente ditos, auxiliares de encargo judicial e auxiliares extravagantes. Os primeiros são aqueles que, permanentemente, por função pública, atuam como órgãos de

apoio ao juiz. Os segundos são aqueles que, mesmo mantendo sua condição de particulares, são convocados a colaborar com a justiça, como, por exemplo, as testemunhas e os peritos. Os terceiros são os órgãos que ordinariamente não são judiciários ou jurisdicionais, mas que prestam serviços à administração da justiça ou à execução de suas decisões, como, por exemplo, os correios ou a imprensa.

61.2. Dos serventuários e do oficial de justiça

Órgão de apoio indispensável à administração da justiça é o escrivão, que, na verdade, não se resume a uma pessoa só, mas a toda uma organização sob a responsabilidade de alguém que se denomina escrivão.

O cartório de justiça ou ofício de justiça é composto de muitos escreventes, auxiliares e, eventualmente, um responsável em segundo grau chamado de oficial maior, todos englobados sob a responsabilidade do escrivão. Na verdade, então, o que existe é uma escrivania e não uma pessoa.

A existência de um ofício de justiça de uma só pessoa, o escrivão, é excepcional para as comarcas de pequeno movimento.

Além do apoio relativo à prática dos atos internos, é indispensável a existência, em cada juízo, de um *oficial de justiça* para a execução dos atos que tenham repercussão externa ao juízo.

O escrivão com seus auxiliares e o oficial de justiça, como órgãos permanentes de apoio ao juízo, estão administrativamente subordinados ao juiz, que exerce sobre eles correição permanente, isto é, fiscalização diuturna. Estão eles, portanto, sujeitos à responsabilidade administrativa pelas faltas que eventualmente

cometerem e, além disso, são civilmente responsáveis, em caráter pessoal, quando, sem justo motivo, se recusarem a cumprir, dentro do prazo, os atos que lhes impõe a lei, ou os que o juiz lhes atribuir na forma legal ou quando praticarem ato nulo com dolo ou culpa. Qualquer irregularidade praticada por escrivão ou oficial de justiça deve ser imediatamente comunicada ao juiz, que adotará as medidas cabíveis para a sua correção, com a punição do possível responsável.

Aos serventuários aplicam-se os casos de suspeição e impedimentos dos juízes.

61.3. Do perito, depositário, administrador, intérprete e outros

É impossível conceber-se um juízo sem escrivão ou oficial de justiça, todavia, o bom funcionamento da máquina judiciária depende da existência de outros auxiliares que comumente aparecem como necessários para o desenvolvimento dos processos. Isto é o que ocorre com os peritos, depositários, administradores, intérpretes e outros. Essas funções podem ser exercidas ou por servidores permanentes da justiça, nas comarcas de grande movimento, de acordo com a lei local de organização judiciária, por institutos especializados ou por pessoas especialmente convocadas quando a causa o exigir.

O perito será nomeado ou convocado quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, segundo o disposto no capítulo das provas. Como todos os auxiliares da justiça, o perito

deve cumprir o seu dever no prazo que lhe marca a lei, não podendo recusar-se a exercer o encargo a não ser que tenha motivo legítimo.

O perito, como órgão auxiliar da justiça, está sujeito a sanções penais, na hipótese de falsidade, e à sanção civil de reparação do dano que causar à parte por informações inverídicas, podendo, também, ficar inabilitado, por 2 anos, a funcionar em outras perícias. E pode ser afastado se impedido ou suspeito.

Ao depositário, que pode, também, ser público ou particular, compete a guarda e conservação de bens apreendidos, desde que a lei não preveja outra forma de guarda e depósito. Ao administrador é atribuído semelhante encargo quando é exigida gestão sobre os bens.

O intérprete será nomeado toda vez que o juiz considere necessário para analisar documento de entendimento duvidoso, redigido em língua estrangeira, verter em português as declarações das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional, ou traduzir a linguagem mímica dos surdos-mudos que não puderem transmitir a sua vontade por escrito.

Os documentos, ao serem juntados aos autos, se forem redigidos em língua estrangeira, deverão ser acompanhados de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado. Essa tradução pode ser obtida após a juntada do documento. Todavia, o documento pode continuar com o entendimento duvidoso ou a prova ser oral, o que pode exigir a presença de um intérprete para o perfeito entendimento do juiz.

O intérprete, oficial ou não, também é obrigado a aceitar o encargo, salvo motivo justo, aplicando-se-lhe as sanções civis e penais no caso de informações inverídicas.

Além desses auxiliares, expressamente referidos no Código, outras pessoas podem ser convocadas a colaborar com a justiça, o que se vê no decorrer da exposição de outros capítulos do Código, especialmente os referentes às provas.

Assim, nos termos da classificação acima aludida, de Moacyr Amaral Santos, são também auxiliares da justiça com o dever de colaborar com o seu desenvolvimento as testemunhas, os assistentes técnicos dos peritos, a Força Pública requisitada pelo juiz para cumprimento de suas determinações, os contadores que elaboram os cálculos necessários às causas, os cartórios distribuidores de feitos, o leiloeiro e outros.

CAPÍTULO X

DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

62. PRINCÍPIOS E ASPECTOS GERAIS

O Título IX do Código, “Da prisão e da liberdade provisória” (com denominação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011), foi o que mais sofreu modificações desde sua vigência. Modificações diretas e indiretas, como, por exemplo, as modificações nos efeitos dos recursos, repercutindo na situação prisional. Essas modificações, contudo, foram feitas sem uma revisão sistemática do problema, resultando em falta de coerência de certas disposições. A Lei aludida teve por finalidade sistematizar a matéria, mas não foi completa, porque não incorporou a prisão provisória ou temporária, que continua sendo regida pela Lei especial. A importância, porém, da alteração realizada pela Lei de 2011 foi a de tratar a prisão processual dentro do conceito de cautelaridade, em que devem estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, definido expressamente no art. 282, que assim dispõe:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (*Caput com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (*Inciso I acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (*Inciso II acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (*§ 1º acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (*§ 2º acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (*§ 3º acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a

medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (*§ 4º acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (*§ 5º acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (*§ 6º acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

Ademais, desde a Constituição de 1988, que trouxe um grande número de disposições sobre o processo penal e sobre a prisão, o Código deve sofrer uma releitura, adaptando-se aos novos princípios constitucionais.

Por outro lado, o tema prisão processual sofre, com mais intensidade, a carga emotiva do momento político, social e econômico do País, gerando normas casuísticas, medidas provisórias e leis (e até normas constitucionais), o que dificulta ainda mais uma formulação sistemática e coerente do tema.

Todavia, um sistema existe. E bem delineado no Código. Esse sistema, que, aliás, é o que deveria permanecer como o padrão de equilíbrio entre a garantia social da aplicação da lei penal e a garantia do indivíduo, é possível de se extrair das normas vigentes, ainda que convivendo com situações especiais e anormais, as quais devem ser entendidas como dessa natureza e não podem abalar a validade global do sistema.

A prisão pode ter as seguintes naturezas: pode ser penal, processual, civil ou administrativa.

Prisão pena é a que resulta da condenação transitada em julgado, conforme previsão do Código Penal.

Prisão processual é a que resulta do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar. Historicamente é a mais antiga.

Às vezes se utiliza a expressão "prisão provisória", mas "provisória" pode dar a entender que se trata de algo que será substituído por algo definitivo. Ainda que, em parte, a relação exista, parece preferível a denominação "prisão processual".

A prisão civil é a medida de coação executiva para compelir alguém ao cumprimento de um dever civil, segundo a Constituição brasileira, e ocorre apenas no caso de dever de cumprimento da obrigação alimentar e da devolução da coisa pelo depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF e art. 320 do CPP), observando-se que, quanto a este último caso, há polêmica sobre sua subsistência em face da Convenção Americana de Direitos Humanos chamada Pacto de San José da Costa Rica. O Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento que não mais cabe a prisão civil para o depositário infiel.

V., a respeito, o julgamento do HC 87.585-TO, pelo Plenário do STF, no sentido de que "A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica,

limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel” (HC 87.585, j. 26-6-2009).

A prisão administrativa é a medida coativa para compelir alguém ao cumprimento de um dever de direito público. Ainda subsiste, depois da Constituição de 1988, nos casos previstos em lei em que é decretada pelo juiz, como, por exemplo, a do falido para a apresentação dos livros e a do depositário judicial, nos termos da Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal. O que não mais se admite é a prisão administrativa decretada por autoridade administrativa, como as previstas no Estatuto do Estrangeiro e em certos estatutos de funcionários públicos.

As hipóteses de prisão processual, que é a que nos interessa especialmente neste capítulo, são as seguintes: a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão por pronúncia e a prisão por sentença condenatória transitada em julgado (art. 283, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011).

Não há mais previsão de prisão, aparentemente, por sentença condenatória recorrível. O que pode acontecer é que a condenação venha a ensejar um caso de decreto de preventiva que poderá vigorar até o trânsito em julgado da sentença. Não está correta, portanto, a Lei ao colocar dentro do Código de Processo Penal e no sistema cautelar a prisão decorrente de sentença transitada em julgado, eis que esta, sendo pena, seguirá o regime nela

estabelecido segundo regras de Direito material. Somente a sua efetivação (forma do mandado, depreciação, comunicações etc.) é que segue as mesmas regras.

Já se afirmou que a incomunicabilidade seria mais uma hipótese de prisão processual. Cremos que não. A incomunicabilidade é um incidente quanto ao modo de se executar a prisão em flagrante, a temporária ou mesmo a preventiva, mas não parece adequado que pudesse subsistir ou ser aplicada em face de réu solto. Somente se preso por outro motivo é que, a nosso ver, se aplica a incomunicabilidade.

A prisão processual tem natureza cautelar, ou seja, visa a proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar[131].

Isso quer dizer que precisam estar presentes os pressupostos das medidas cautelares, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* é a probabilidade de a ordem jurídica amparar o direito que, por essa razão, merece ser protegido. O *periculum in mora* é o risco de perecer que corre o direito se a medida não for tomada para preservá-lo.

Esse direito a preservar, de regra, é a aplicação da lei penal, mas pode ser a garantia da ordem pública ou a necessidade da instrução criminal. Daí decorre o primeiro princípio que rege a prisão processual: a prisão não se mantém nem se decreta se não houver perigo à aplicação da lei penal, perigo à ordem pública ou necessidade para a instrução criminal.

Esses são os requisitos substanciais para a decretação da prisão preventiva, mas que servem como parâmetro para a manutenção ou decretação de qualquer prisão processual. O conteúdo e amplitude desses conceitos serão expostos no item sobre a prisão preventiva (61.3).

O segundo princípio é o de que a prisão deve ser necessária para que se alcance um daqueles objetivos. Não pode caber qualquer critério de oportunidade ou conveniência; o critério é de legalidade e de adequação a uma das hipóteses legais.

O terceiro princípio é o de que os fundamentos da prisão processual podem suceder-se, mas não se cumulam. Assim, se a prisão em flagrante é válida, não se decreta, sobre ela, a preventiva. Por ela pode ser substituída (art. 310, II, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011). Esta ou aquela, por sua vez, são substituídas pela prisão por pronúncia ou por sentença condenatória transitada em julgado. Não se pode, pois, cogitar de preventiva após a sentença condenatória ou a pronúncia; pode-se, sim, fazer valer ou revigorar a força prisional daquelas decisões. Observe-se que a prisão decorrente de sentença transitada em julgado não é mais tecnicamente processual, é pena, mas a sua efetivação segue os princípios de qualquer prisão decorrente de mandado judicial.

Por essa razão, a cautelaridade da prisão e as demais providências cautelares penais não serão decretadas se à infração não for cominada isolada, cumulativa ou alternativamente pena privativa de liberdade.

Salvo o caso de flagrante, a prisão sempre se efetiva com mandado escrito da autoridade judicial competente. O mandado será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade judicial, devendo conter: *a)* nome, dados identificadores e qualificação da pessoa que deverá ser presa; *b)* menção da infração penal que motivar a prisão; *c)* declaração da fiança arbitrada, se houver possibilidade de prestá-la; *d)* indicação da autoridade que deverá executar a ordem, que é o oficial de justiça ou a autoridade policial. O mandado será lavrado com cópia para entrega ao preso, podendo, também, a autoridade policial reproduzi-lo para a realização de mais de uma diligência.

A prisão poderá efetivar-se a qualquer dia e hora, respeitadas, porém, as restrições decorrentes da proteção constitucional do domicílio (CF, art. 5º, XI) (v. item 53). Ou seja, se não houver concordância do morador, salvo em caso de flagrante, a prisão não poderá efetivar-se à noite, entendida esta como o período de falta de luz solar, devendo a autoridade aguardar o amanhecer.

Poderá ser utilizada a força se houver resistência ou tentativa de fuga do preso, lavrando-se, a respeito, auto subscrito por duas testemunhas.

A esse respeito, conferir a Súmula vinculante n. 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente

ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado”.

Efetivada a prisão, que se considera consumada desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, lhe apresente o mandado e o intime a acompanhá-lo, uma cópia do mandado deverá ser entregue ao preso, o qual deverá assinar o recibo; se não quiser ou não puder assinar, o fato será mencionado em declaração assinada por duas testemunhas. Quando da prisão deverão, ainda, ser tomadas as cautelas dos incisos LXII, LXIII e LXIX do art. 5º da Constituição.

Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado (não pode faltar o mandado, pode faltar a sua exibição ao preso) não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver determinado a prisão.

O recolhimento ao estabelecimento carcerário, porém, sempre será feito com a exibição do mandado ao responsável pela repartição prisional.

Encontrando-se o acusado fora da comarca, a prisão será deprecada ao juiz do foro em que se encontre, com as mesmas formalidades, podendo, porém, a prisão ser requisitada por meio de telecomunicações. No caso de perseguição, porém, não haverá necessidade de precatória, ainda que o acusado ultrapasse os limites da comarca (art. 290).

O Código prevê que o Conselho Nacional de Justiça (art. 289-A acrescentado pela Lei n. 12.403/2011) mantenha registro dos mandados de prisão, devendo, pois, ser comunicado para tanto,

podendo ser efetuada a prisão com fundamento nesse registro, com comunicação imediata ao juiz expedidor. Esse registro depende de regulamentação do Conselho Nacional de Justiça.

Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das pessoas que já estiverem definitivamente condenadas.

Serão recolhidos em prisão especial ou local especial em estabelecimento comum, no caso de prisão processual (art. 295):

“I – os Ministros de Estado;

II – os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de polícia;

Conforme já anotamos acima (v. 15), na atual estrutura administrativa policial não se usa mais a denominação “chefe de polícia”, aplicando-se a hipótese, pois, às autoridades policiais a que a lei atribua qualidade análoga.

III – os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados;

IV – os cidadãos inscritos no ‘Livro de Mérito’;

É impossível, na atualidade, apontar-se a situação que seria correspondente.

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI – os magistrados;

VII – os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII – os ministros de confissão religiosa;

IX – os Ministros do Tribunal de Contas;

X – os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI – os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos”.

Leis especiais ampliaram o rol, como, por exemplo, para professores e pilotos de aeronaves. No caso dos advogados, prevê o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94), art. 7º, V, que é direito do advogado não ser recolhido preso antes de sentença transitada em julgado, senão em Sala de Estado-Maior, ou, na sua falta, em prisão domiciliar.

Nas localidades onde não houver estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do estabelecimento comum, sendo que a cela poderá ser coletiva, sem qualquer privilégio ou direito diferente do preso comum, salvo o de ser transportado separadamente.

Desde a Lei n. 10.258/2008 não existe mais a prisão domiciliar como alternativa ao preso especial processual na falta de estabelecimento próprio.

Em se tratando de advogado, v. a decisão da Medida Cautelar em Reclamação n. 11.515/SP, rel. Min. Celso Mello: “Advogado. Prisão cautelar.

Recolhimento a *Sala de Estado-Maior*. Inexistência de referido estabelecimento público. Consequente reconhecimento do direito à prisão domiciliar. Prerrogativa profissional que, assegurada pelo *Estatuto da Advocacia*, prevalece até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII). Subsistência do inciso V do art. 7º desse mesmo *Estatuto* (Lei n. 8.906/94), não derogado, no ponto, pela superveniência da Lei n. 10.258/2008. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Liminar deferida” (j. 4-4-2011).

A prisão domiciliar, na prática, tem sido utilizada como alternativa para a prisão-albergue (forma de cumprimento de pena em regime aberto), em locais em que não há estabelecimento adequado para o cumprimento desta. Essa prática, ainda que justificável, não tem base legal, porque a prisão domiciliar, como forma de cumprimento da pena alternativa ao regime aberto, só é prevista ao condenado maior de 70 anos, acometido de doença grave, ou à condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, ou à condenada gestante (art. 117 da LEP, Lei n. 7.210, de 11-7-1984), como incidentes da execução da pena. Durante a fase processual, a prisão domiciliar pode ser substitutiva da prisão preventiva exclusivamente ao maior de 80 anos, ao extremamente debilitado por doença grave, se imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência ou à gestante a partir do 7º

(sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, desde que haja prova idônea dessas situações (arts. 317 e 318).

63. DA PRISÃO PROCESSUAL

63.1. Da prisão em flagrante

O flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial.

Duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova.

Qualquer infração penal, em princípio, admite a prisão em flagrante, ainda que em algumas delas haja dificuldades práticas de efetivação. Nos crimes permanentes, o agente encontra-se sempre em estado de consumação e, conseqüentemente, em flagrância. Nos crimes habituais, se o ato flagrado revela a conduta habitual, é possível a prisão.

Autoridades policiais costumam elaborar sindicância prévia em que colhem os fatos antecedentes que revelam a habitualidade, realizando o flagrante em virtude de fato posterior. Todavia, essa sindicância não será necessária se, no próprio flagrante, houver elementos probatórios reveladores da habitualidade.

Nos crimes de ação penal privada também é possível o flagrante se houver requerimento do ofendido. Se este não estiver presente no ato ou for incapaz, realiza-se a detenção, mas a sua representação ou a do seu representante legal deve ser colhida no prazo máximo de 24 horas, que é o prazo da entrega da nota de culpa, sob pena de não se lavrar o auto, liberando-se o agente[132].

Quatro são as situações em que o Código reconhece como de flagrância. Não poderão elas ser ampliadas, sob pena de se violar a ideia de imediatidade da prisão em relação ao fato punível, essencial ao flagrante, aspecto que deve ser levado em consideração, também, na interpretação dos dispositivos legais.

As duas primeiras (o agente está praticando a infração penal ou acaba de cometê-la) são chamadas de flagrante real, porque existe, no caso, imediatidade visual da prática da infração. Na hipótese de o agente estar cometendo a infração penal, em grande número de casos o flagrante interrompe a atividade criminosa, ficando a infração na fase da tentativa. Nos crimes permanentes, contudo, o agente está cometendo a infração penal enquanto dura a permanência, e ela já está consumada.

A terceira hipótese de flagrante é a de ser o agente perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração. Esta situação é denominada flagrante impróprio ou quase flagrante.

Para que o flagrante seja legítimo nesse caso, é necessário que a perseguição se inicie imediatamente após o fato e que seja contínua até a efetivação da prisão. Haverá continuidade se o agente não

teve, em nenhum momento, condições de decidir sobre o seu paradeiro, ou seja, se permanentemente ficou submetido à perseguição. Às vezes há dificuldades práticas probatórias de se aferir a continuidade da perseguição, mas é ela indispensável à legitimidade do flagrante. Não há tempo legalmente determinado para a perseguição, mas, quanto maior o tempo, mais difícil fica a caracterização da continuidade. Não quebra a continuidade a substituição ou alternância de perseguidores, desde que não haja interrupção da perseguição.

A quarta hipótese de flagrante é a de o agente ser encontrado logo depois do fato, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Esta situação tem sido denominada flagrante presumido. Ela se distingue da hipótese do inciso II do art. 302 (o agente acaba de cometer a infração), porque não existe, no caso, a imediatidade visual da infração penal. Em princípio, em ambas as situações, o agente acabou de cometer a infração, mas, se há testemunha ocular e ela se efetiva, o enquadramento se faz no inciso III do art. 302 do Código. Se a detenção não coincide com a existência de testemunhas oculares e a convicção da prática da infração decorre da presunção que resulta da posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis relacionados com ela, a situação enquadra-se no inciso IV do mesmo artigo.

“Logo depois”, conforme a descrição legal, não tem medida normativa. É o tempo psicológico de vinculação da situação (encontro do agente com objetos) com a prática da infração, segundo o que ordinariamente acontece[133]. É evidente que pode

haver engano, porque a existência de objetos em poder de alguém pode ser absolutamente desvinculada da autoria da infração penal. Todavia, a questão é de prova a ser resolvida na futura ação penal.

Para que haja flagrante, há necessidade de que a infração penal seja possível, isto é, tenha havido início de execução e ela possa, em tese, consumir-se. É o que preceitua a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Esta situação é a que se denomina “flagrante preparado”[\[134\]](#), que, na verdade, não é flagrante, porque não há crime, já que impossível a consumação. A questão relativa à possibilidade, ou não, de consumação é de fato e depende da análise de cada caso. É importante observar que a inexistência do crime e, em consequência, do flagrante não decorre apenas da atuação da autoridade, mas essa atuação deve ser de molde a tornar impossível, em termos absolutos, conforme se entende em face do art. 17 do Código Penal, a consumação. Se há intervenção policial, ainda que prévia ao início de execução, mas a consumação é em tese possível, o flagrante é meramente esperado, de modo que a interrupção da atividade criminosa é válida, e válido o flagrante. É o que acontece, por exemplo, se, diante de suspeita de que um crime vai ser praticado, a autoridade policial intervém efetivando a prisão quando da tentativa. Ou, ainda, se a vigilância sobre pessoas ou bens evita a consumação de crime efetivamente iniciado, bem como se a autoridade simula adquirir tóxico do traficante e este efetivamente o tem nas mãos (neste caso, aliás, o

crime já estava consumado em virtude de seu caráter de permanente).

O flagrante se diz necessário quando a prisão for efetivada pela autoridade (art. 301: "as autoridades policiais e seus agentes deverão..."), e facultativo quando por qualquer do povo ("Qualquer do povo poderá...", mesmo artigo).

Além das situações de flagrância que são o seu requisito substancial, o flagrante tem requisitos formais, sob pena de invalidade.

Apresentado o preso à autoridade competente, que é a autoridade policial do local da prisão, lavrar-se-á o auto de prisão em flagrante.

O inquérito deverá, em princípio, ser realizado no local do fato, que pode ser diferente do local da prisão. Nesse caso, lavrado o auto no local da prisão, a autoridade remetê-lo-á à autoridade do local do fato (art. 304, § 1º, parte final).

Antes da alteração do art. 306 pela Lei n. 11.449/2007 e, depois, pela Lei n. 12.403/2011, sustentávamos que o auto, a rigor, deveria ser lavrado imediatamente, mas a jurisprudência já vinha admitindo que fosse lavrado até, no máximo, 24 horas da prisão, que é o prazo de entrega da nota de culpa. Referido prazo foi acolhido pela nova redação do art. 306, § 1º. A elasticidade é compreensível, inclusive porque, em cidades de grande porte, pode haver mais de uma prisão concomitantemente, devendo os autos ser lavrados um a um, podendo, ainda, a autoridade estar ocupada com outras diligências.

Não há nulidade do flagrante, pois, se a prisão foi efetivada à noite e o auto é lavrado pela manhã.

Nesse momento, a autoridade policial deve decidir se é o caso, ou não, de flagrante, porque a prisão pode não ter sido feita dentro das hipóteses legais. Se não tiver sido, deverá liberar o detido.

Dentro de uma visão global da persecução penal, essa ocorrência, negativa da lavratura do flagrante, deveria ser documentada também por um auto, a ser remetido ao Ministério Público, a fim de que se apurasse a regularidade do relaxamento da prisão e o eventual abuso de poder em sua efetivação. Inexistindo norma legal dispendo a respeito, o relaxamento se faz informalmente. Às vezes é lavrado um boletim de ocorrência, que permanecerá arquivado na própria dependência policial, sem qualquer controle.

Determinada a lavratura do auto, a autoridade ouvirá o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva, suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto (art. 304 com a redação dada pela Lei n. 11.113/2005).

A redação atual separou formalmente as declarações do condutor e das testemunhas de modo que aquele não pode mais ser computado como testemunha. O auto deverá conter, então, além do condutor, duas ou mais testemunhas, o que, na prática, pode trazer problemas sérios para a lavratura, porque o crime que tem a tendência da clandestinidade nem sempre é passível de ter duas ou

mais testemunhas além do condutor. A intenção da lei, contudo, é clara: a validade do flagrante depende da existência do condutor e de pelo menos duas testemunhas.

A falta de testemunhas da infração não impedirá a lavratura do auto, mas deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

Se o preso não quiser ou não puder manifestar-se, isso não impede a lavratura do auto, que deverá, de qualquer maneira, ser lavrado em sua presença, ainda que no hospital.

Todos os participantes deverão assinar o auto, inclusive o escrivão que o lavrou. Este deverá ser pessoa diferente do condutor e diferente da própria autoridade que o presidiu. Não havendo funcionário oficial, a autoridade deverá nomear escrivão *ad hoc*, especificamente para o ato, prestando compromisso. Se o preso não quiser ou não puder assinar, o auto será assinado por duas testemunhas, chamadas instrumentárias, que ouvirem a leitura do auto na presença do acusado, do condutor e das testemunhas. Essas testemunhas deverão ser pessoas diferentes do condutor, testemunhas do fato ou da apresentação, se existirem.

Se a infração foi cometida na presença da autoridade ou contra ela no exercício de suas funções, constarão do auto a narração desse fato, a voz de prisão, as declarações do preso e depoimentos de testemunhas, sendo tudo assinado por todos (art. 307). Autoridade, a que se refere o Código, é a autoridade policial ou outra autoridade legalmente autorizada a instaurar inquérito. O texto da lei e a doutrina admitem que o juiz também possa ser a

autoridade para a lavratura do flagrante. Essa possibilidade, contudo, está ligada a uma concepção inquisitivista da atividade do juiz penal, que podia, no sistema do Código, até instaurar a ação penal contravencional. Especialmente após a Constituição de 1988 não mais parece sustentável essa competência. Ao Ministério Público foi atribuída a legitimação exclusiva da ação penal pública e a supervisão externa do inquérito policial, devendo, pois, interpretar-se a figura do juiz dentro de sua função específica de julgador e não órgão da persecução penal propriamente dita. Entendemos, portanto, que somente a autoridade policial ou aquela concorrentemente legitimada para instaurar inquérito é autoridade competente para lavrar o auto a que se refere o art. 307. Sendo a infração praticada na presença do juiz ou do membro do Ministério Público, a detenção será efetivada, mas o preso deverá ser apresentado à autoridade policial competente. Contudo, ainda que se admita que o juiz possa lavrar o flagrante, jamais poderá atuar na ação penal que se seguir, o mesmo acontecendo se foi testemunha do fato.

Lavrado o auto, deverá, em qualquer hipótese, ser imediatamente encaminhado à autoridade judicial competente, que relaxará a prisão se for ilegal (CF, art. 5º, LXII e LXV), podendo convertê-la em preventiva (art. 310, II, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011) se presentes os requisitos desta última, aplicar substitutivamente as medidas cautelares adiante tratadas e conceder a liberdade provisória.

Dentro de 24 horas contadas da prisão, ao preso deverá ser entregue a nota de culpa, que é comunicação escrita, assinada pela autoridade, com a menção do motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas. A menção ao motivo da prisão não exige precisão no enquadramento legal da infração. O importante é que esclareça a razão da prisão, porque a finalidade da nota de culpa é a de facilitar ao preso a utilização de medidas de proteção a sua liberdade. Alcançado esse objetivo, a forma não é sacramental. O preso passará recibo da nota de culpa, o qual será assinado por duas testemunhas se ele não souber, não quiser ou não puder assinar.

Se é caso em que o agente se livra solto independentemente de fiança, o acusado deverá ser colocado imediatamente em liberdade após a lavratura do auto; se for o caso de fiança que possa ser concedida e arbitrada pela autoridade policial, deverá ser facultado ao preso prestá-la para adquirir a liberdade em seguida.

Não se imporá prisão em flagrante nos seguintes casos: 1. infrações penais de menor potencial ofensivo quando o autor do fato for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099, de 1995). Também não será exigida fiança; 2. acidentes de trânsito de que resulte vítima se o agente prestar pronto e integral socorro (art. 301 da Lei n. 9.503, de 1997). Da mesma forma não haverá exigência de fiança; e 3. conduta

de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343, de 2006) drogas sem autorização, devendo o autor ser encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias (art. 48, § 2º, da Lei n. 11.343, de 2006).

63.2. Da prisão temporária

Após longa polêmica, que durou mais de 15 anos, por lei especial foi instituída a figura da prisão temporária (Lei n. 7.960, de 21-12-1989). Ela foi editada dentro de um contexto de maior repressão a determinados crimes, ligados à criminalidade organizada e violenta, evidente exigência da sociedade brasileira atual, mas deve ser interpretada, também, dentro dos princípios que regem todas as hipóteses de prisão processual, conforme exposto no item 61.1. Ou seja, apesar de estabelecer certas situações objetivas de aparente prisão obrigatória, não é possível abstrair do princípio geral da prisão provisória, que é o da necessidade da restrição da liberdade.

As hipóteses, portanto, de prisão temporária devem ser interpretadas como de situações de cabimento e de presunções de necessidade da privação da liberdade, as quais, contudo, jamais serão presunções absolutas. Cabe, pois, sempre, a visão das hipóteses legais, tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública, a necessidade para a instrução criminal ou a garantia de execução da pena. Dentro das hipóteses legais, essas hipóteses são

presumidas, mas a prisão não se decretará nem se manterá se demonstrado que não existem. A figura de prisão provisória tem por finalidade reduzir os requisitos da preventiva, facilitando a prisão em determinadas situações, mas não pode, dentro de um sistema de garantias constitucionais do direito de liberdade, desvincular-se da necessidade de sua decretação.

Caberá prisão temporária, nos termos do art. 1º da Lei n. 7.960/89:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor (hoje abrangido pelo art. 213, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009), epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado por morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro.

Essas hipóteses parecem ser puramente alternativas e destituídas de qualquer outro requisito. Todavia assim não podem ser interpretadas. Apesar de instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não teria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário. É preciso, pois, combiná-las

entre si e combiná-las com as hipóteses de prisão preventiva, ainda que em sentido inverso, somente para excluir a decretação. Por exemplo, não teria cabimento que toda vez que o indiciado não tivesse residência fixa ou que não fornecesse elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade a prisão fosse automaticamente decretada. *Pode* ser decretada, mas sê-lo-á se for imprescindível às investigações do inquérito ou necessária à ordem pública ou à aplicação da lei penal.

O mesmo vale com relação ao rol do inciso III. A fundada suspeita de autoria ou participação num dos crimes nele relacionados institui a presunção de necessidade da prisão, mas não será ela automática. Deverá, sempre, o juiz verificar se é dotada de necessidade ou, pelo menos, utilidade para as investigações ou para a preservação da ordem pública.

Aliás a ideia da prisão temporária é exatamente a utilidade para as investigações e a necessidade, imposta pela ordem pública, de imediata e eficaz reação social à prática de crimes repulsivos. Se inexistem essas situações não há razão de sua decretação.

A prisão processual obrigatória, além de incompatível com os princípios do processo penal moderno, é inviável na prática e acabaria ficando desmoralizada.

Assim, se há fundada suspeita de autoria ou participação em um dos crimes relacionados no inciso III, a prisão pode ser decretada porque se presume a sua necessidade, mas não o será se não tiver nenhuma utilidade para as investigações ou interesse de ordem pública. Pode-se dizer que a prisão temporária é uma antecipação da

prisão preventiva; tem requisitos menos rigorosos que ela, mas não será decretada se manifestamente não se decretaria aquela.

O sujeito passivo da prisão temporária é o indiciado. Todavia, não se vislumbra a necessidade de que tenha ele já sido, anteriormente, submetido formalmente ao indiciamento. O suspeito, mesmo que ainda não indiciado, poderá, também, ser submetido à prisão.

O momento em que pode ser decretada vai da ocorrência do fato até o recebimento da denúncia, porque, se instaurada a ação penal, o juiz deverá examinar a hipótese como de prisão preventiva, segundo os pressupostos desta última.

A prisão será decretada pelo juiz, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. Este será ouvido na hipótese da representação da autoridade policial. A prisão será decretada pelo prazo máximo de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Em todas as comarcas haverá juiz e órgão do Ministério Público em plantão permanente para o exame dos pedidos de prisão temporária.

O despacho que decretar a prisão temporária, que terá de ser prolatado dentro de 24 horas, deverá ser fundamentado, com o enquadramento da hipótese fática, em concreto, em face do permissivo legal, o que confirma a interpretação acima de que não basta a objetiva e genérica situação prevista na lei. O juiz poderá, antes de decidir, se for o caso, determinar a apresentação do preso, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e estabelecer seja ele submetido a exame de corpo de delito.

Decretada a prisão, será expedido mandado em duas vias, devendo uma delas ser entregue ao preso, que servirá como nota de culpa. À entrega, pois, aplicam-se as regras da nota de culpa se o indiciado não quiser ou não puder assinar. Na efetivação da prisão, evidentemente, serão respeitadas as garantias do art. 5º da Constituição.

Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Decorrido o prazo de 5 dias, salvo o caso de prorrogação deferida, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, sob pena de abuso de poder da autoridade que o detenha, a não ser que já tenha sido decretada sua prisão preventiva.

A Lei n. 8.072/90 ampliou o prazo de prisão temporária para 30 dias, prorrogáveis por mais 30, para os crimes considerados hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (art. 2º, § 4º).

63.3. Da prisão preventiva

A prisão preventiva é a prisão processual, decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e para a segurança da aplicação da pena. Poderá, também, ser decretada em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares adiante indicadas.

Esses são os motivos ou fundamentos substanciais para a sua decretação.

A garantia da ordem pública tem sentido amplo. Significa a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, como, por exemplo, a proteção social contra réu perigoso que poderá voltar a delinquir, a proteção das testemunhas ameaçadas pelo acusado ou a proteção da vítima.

Historicamente já se entendeu que a proteção do próprio acusado seria motivo de preventiva. Hoje essa colocação não tem cabimento, porque a proteção do acusado deve ser atendida com providências policiais de segurança e não com decreto de prisão. É possível que a autoridade informe que a única maneira de protegê-lo seja o refúgio em estabelecimento penal ou policial, mas isso não pode ser determinação ou coação.

Ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Não quer dizer, também, clamor público. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados. É ordem pública, porém, a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador,

repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade. Caberá ao juiz distinguir as situações.

A garantia da ordem pública, em verdade, abrange a garantia da ordem econômica, a necessidade da instrução criminal e a segurança da aplicação da pena, porque estas são, também, interesses de ordem pública.

O Código refere a possibilidade da decretação da preventiva por *conveniência* da instrução criminal. A decisão, todavia, não pode ser colocada em termos de conveniência, mas em termos de necessidade ou, como colocado no caso de prisão temporária, de ser indispensável à instrução criminal. Simples conveniência ou comodidade não autoriza o decreto de prisão, como por exemplo se se decretasse a prisão somente porque o réu, estando residindo fora da comarca, daria mais tarefa judicial para expedição de precatória para intimá-lo. Se houver alternativa legal para se obter a prova, deve ela ser utilizada prioritariamente, antes de se considerar hipótese de preventiva. Entre outras situações, é possível apontar a seguinte: não é caso de decretação imediata da preventiva em virtude do não comparecimento do acusado para reconhecimento, ainda que indispensável. Antes deve ser determinada a condução coercitiva.

A segurança da aplicação da pena significa a necessidade da prisão para que, posteriormente, possa ser eficaz a punição, porque a impunidade ofende a ordem pública. Contudo, não pode ser decretada a preventiva para assegurar a execução da pena de multa.

Em princípio, somente se decreta a preventiva se houver prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa da liberdade. Os requisitos dos benefícios penais, como a suspensão condicional da pena ou a prisão-albergue, podem não coincidir com os da necessidade, ou não, da prisão processual, mas, em princípio, se há prognóstico fundado da concessão de um desses benefícios e não há outro motivo legal autônomo (como, por exemplo, ofensa à ordem pública por ameaça a testemunhas), a preventiva não deve ser decretada. Isto porque, salvo motivo independente, não há razão de prisão processual se, condenado definitivamente, esta não se efetivar.

Os motivos ou fundamentos da prisão preventiva, ainda que contendo conceitos abertos ou amplos como o de *ordem pública*, são taxativos, de modo que a sua utilização fora das hipóteses legais é ilegítima, ensejando o *habeas corpus*.

Para que seja possível o decreto de preventiva, além das situações acima referidas, é necessário que haja: prova do fato e indícios suficientes de autoria.

Prova do fato significa convicção da existência da materialidade da infração. Em princípio, em se tratando de infração que deixou vestígios, a presença do exame de corpo de delito. Tem sido, porém, decretada a prisão sem ele se outros elementos probatórios dão a certeza da ocorrência do fato. *Indícios suficientes de autoria* significa a convicção razoável, em termos de probabilidade, de que o acusado tenha sido o autor da infração ou de que tenha dela participado.

Além desses requisitos, um requisito formal é exigido: a decisão deve ser fundamentada. A fundamentação deve conter dados concretos sobre o fato, não bastando a simples remissão genérica às hipóteses legais. Apesar de não recomendável, a falta de fundamentação fica suprida se a decisão se reporta à representação da autoridade ou requerimento do Ministério Público e estes estão fundamentados.

Há hipóteses de não decretação ou exclusão da preventiva.

Ela não será decretada:

a. se a hipótese for de contravenção penal, porque o Código sempre se refere a *crime* e não a *infração penal*;

b. nos crimes em que o réu se livra solto independentemente de fiança, porque se ele se livrou solto do flagrante não tem cabimento outro fundamento de prisão processual;

c. nos crimes culposos, porque o art. 313 a admite expressamente apenas nos *crimes dolosos*;

d. se o juiz verifica que há probabilidade de ter o réu agido em situação de excludente de criminalidade.

Em complementação, nos termos do art. 313 (com redação dada pela Lei n. 12.403/2011), será admitida a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade máxima cominada superior a 4 (quatro) anos se for reincidente em outro crime doloso, desde que não tenha decorrido mais de 5 anos da extinção da pena do crime anterior (art. 64, I, do CP) e se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para

defender as medidas de urgência. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida quanto à identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser imediatamente colocado em liberdade uma vez feita a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Entenda-se: hipótese legal.

Se a preventiva tiver de ser examinada antes da propositura da ação penal, a qualificação do delito deve ser examinada segundo o prognóstico da imputação futura, para que se enquadre em hipótese que não seja uma das exclusões. Sempre deve prevalecer o *logos del rasonable*, a que inevitavelmente se chega, conforme expressão de Recaséns Siches.

Quanto ao momento, a prisão preventiva pode ser decretada desde a data do fato até a sentença. Prolatada esta, se for absolutória, a preventiva seria incompatível com ela, e, se for condenatória, a prisão se mantém.

O juiz pode decretar a prisão de ofício ou atendendo a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público ou do querelante.

A prisão preventiva poderá ser *revogada* a qualquer tempo, se cessarem os motivos de sua decretação ou se esses motivos forem reexaminados, independentemente de fato novo. Haverá *cassação* da preventiva, pelo tribunal, se foi decretada ilegalmente, incluindo-se, no caso, a ilegalidade por vício formal ou porque não presentes as hipóteses do Código. Haverá ilegalidade, também, se desapareceram os motivos e o juiz não a revogou.

O relaxamento do flagrante em virtude de defeito não impede a decretação da preventiva se presentes as hipóteses legais, mas a preventiva não sana o excesso de prazo da prisão em flagrante, conforme adiante se exporá no capítulo sobre o procedimento. Não impede, também, a decretação a apresentação espontânea do acusado nos casos em que ela tem cabimento (art. 317).

O art. 318 do Código instituía àquele que se tivesse apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, o benefício de não ter efeito suspensivo o recurso da acusação contra a sentença absolutória, porque havia casos em que esse recurso impedia a soltura imediata do acusado. Esse artigo, porém, não tem mais aplicação, porque, em virtude da redação vigente do art. 596 do Código, se a sentença for absolutória, qualquer acusado será *sempre* colocado imediatamente em liberdade.

O recurso contra a decisão sobre a preventiva está disciplinado no art. 581, V, do Código, que é o recurso no sentido estrito, e será examinado no capítulo próprio, mas, desde já, é caso de consignar que a decretação pode sempre ser questionada por via de *habeas corpus* quanto à sua adequação ou formalidade, ou seja, legalidade.

63.4. Da prisão por pronúncia e por sentença condenatória recorrível, mediante preventiva

A pronúncia por crime inafiançável ou a condenação em crime dessa natureza, não sendo concedido o regime aberto, deveria, em tese, acarretar a ordem de prisão. Todavia, o art. 413, § 3º (com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008), e o art. 387, parágrafo único

(com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008), respectivamente, determinam que o juiz decida sobre a situação prisional do acusado. Esses dispositivos estão assim redigidos:

“Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código”.

“Art. 387.

II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.”

Com toda a propriedade, a redação em vigor abandonou para a liberdade provisória o detestável critério de ser acusado primário e de bons antecedentes, que gerava polêmica e que era evidentemente inadequado para se aferir da necessidade, ou não, da prisão após a decisão de pronúncia ou a sentença condenatória recorrível.

O critério, agora, é o da necessidade, definida pelos critérios da prisão preventiva, que é o parâmetro geral para a prisão processual que tem, como já se disse, natureza cautelar. A decisão, então, de manter, ou não, o réu na prisão ou a de determinar o seu recolhimento quando até então solto será ditada pelos requisitos da preventiva, nos quais deve destacar-se o da garantia da ordem pública.

É o caso de rever o Poder Judiciário, em geral, a sua posição de manter a liberdade de acusado pronunciado ou condenado com patente escândalo público de desrespeito ao justo sentimento de necessidade de alguma efetividade do Direito Penal. Mantemos nossa posição desde sempre sustentada de que toda prisão obrigatória é incompatível com o sistema de liberdades públicas do Estado de Direito, mas não pode permitir o juiz o acinte, o deboche

ofensivo da ordem pública que pode representar um condenado a 20 anos de prisão sair solto ao lado da família da vítima e dos jurados que o condenaram. A ridicularização da Lei Penal e da Justiça também pode representar ofensa à ordem pública justificadora da prisão por pronúncia ou sentença condenatória recorrível. Ficam reiterados os conceitos relativos à ordem pública acima expostos quanto à prisão preventiva. O que cabe ao Magistrado é fundamentar sua decisão, avaliando a real existência de garantia de ordem pública no caso concreto e tenho certeza que, desde que fundamentada adequadamente tendo em vista as circunstâncias do caso, a decisão de primeiro grau será prestigiada pelos Tribunais superiores.

Assim, o que deve orientar a decisão judicial a respeito são os parâmetros da prisão preventiva, porque se a liberdade ofender a ordem pública ou colocar em risco a aplicação da pena não será deferida. Assim, se o acusado estava preso adequadamente, em flagrante ou preventivamente, não tem razão a sua liberdade quando pronunciado ou condenado por crime inafiançável. Diferente é a situação se por ocasião da sentença e da pronúncia cessaram os motivos determinantes da prisão, como ocorre, por exemplo, se há desclassificação para crime mais leve, que comporta fiança ou suspensão condicional da pena. Nesse caso há pronúncia ou sentença condenatória, mas não tem mais cabimento a prisão.

A recíproca é verdadeira? Ou seja, estando o réu solto até a pronúncia ou a sentença terá necessariamente o direito à liberdade?

Entendemos que não necessariamente. Em duas situações, mesmo tendo estado solto até a pronúncia ou a sentença, é caso da prisão por força delas: primeiro, na hipótese de o motivo de preventiva surgir com a pronúncia ou sentença ou a partir dela, como ocorre, por exemplo, se nasce o risco de tornar-se o acusado foragido, se a sua liberdade passa a ofender a ordem pública ou se passa ele a ameaçar os jurados, entre outras hipóteses; em segundo lugar, nas hipóteses legais que exigem o recolhimento à prisão para recorrer, naqueles crimes a que a Constituição Federal impõe maior rigor, como o de tráfico de entorpecentes, racismo e os considerados hediondos. Não são inconstitucionais dispositivos semelhantes que forem editados após a Constituição para os crimes considerados hediondos, desde que a presunção de necessidade do recolhimento seja entendida como relativa, podendo o juiz, fundamentadamente, conceder a liberdade, como, ademais, tem decidido o Supremo Tribunal Federal. Se a Constituição os considera inafiançáveis, mantendo-se a prisão em flagrante, com maior razão é admissível a prisão por pronúncia ou sentença condenatória ainda que estivesse solto anteriormente, com as observações acima.

O parágrafo único do art. 387 acima referido fala em “outra medida cautelar”, além da prisão.

Voltar-se-á ao tema no item seguinte.

64. DA LIBERDADE PROVISÓRIA E DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

64.1. Aspectos gerais

A liberdade provisória é a situação substitutiva da prisão processual. É o contraposto da prisão processual. Ou seja, se, de maneira antecedente, há fundamento para a prisão provisória, esta não se efetiva ou se relaxa se houver uma das situações de liberdade provisória.

Já se disse que a liberdade provisória é uma antecipação da liberdade definitiva. Todavia essa explicação é imprópria, porque a liberdade definitiva ou pura é a que temos todos nós não sujeitos à coação processual, que é o que acontece, por exemplo, ao acusado definitivamente absolvido ou mesmo ao acusado que não teve, contra ele, nenhum motivo de prisão provisória. Este último, durante o processo, se não esteve em nenhuma situação de prisão provisória, permaneceu sempre em liberdade pura ou definitiva, tendo, apenas, ônus processuais, e, durante o processo, não se pode dizer que esteve em liberdade provisória.

Os casos de liberdade provisória, portanto, têm, sempre, como antecedente, uma hipótese de prisão provisória, que é substituída por ela, porque a lei considera a prisão processual desnecessária. Da mesma forma que os casos de prisão provisória trazem a presunção da necessidade, os de liberdade provisória trazem a de desnecessidade. Em princípio, como se disse para a prisão, essas presunções não são absolutas.

A doutrina costuma separar os casos de liberdade provisória em liberdade provisória obrigatória e liberdade provisória facultativa.

Seriam obrigatórios os casos de liberdade em que o acusado se livra solto independentemente de fiança e os de fiança. Facultativos os do art. 310 e seu parágrafo único, nos casos de fiança em que o acusado não pode prestá-la porque é pobre, e os de liberdade durante o recurso da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, arts. 413, § 3º (com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008), e 387, parágrafo único (com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008), respectivamente. Seriam facultativas porque a lei utiliza o termo "pode", havendo, pois, um certo grau de discricionariedade na concessão.

Todavia a distinção é incabível. Se está presente a situação legal, a liberdade é um direito do acusado. Há situações de maior ou menor complexidade no exame das circunstâncias legais, mas, verificadas essas, o juiz não tem nenhuma discricionariedade, porque é obrigado a conceder a liberdade, sob pena de coação ilegal corrigível por meio de *habeas corpus*. Veja-se como levaria ao absurdo a interpretação de que a liberdade é facultativa, por exemplo, no caso da pobreza que impede a prestação de fiança e se o juiz tivesse discricionariedade de não concedê-la. Às vezes, o tribunal, no exame do *habeas corpus*, não tem condições de aferir todas as circunstâncias do fato, prestigiando a decisão do juiz que está mais próximo dele. Todavia isso não é discricionariedade, que haveria se, a despeito de provadas as circunstâncias legais, pudesse o juiz, por mera vontade pessoal, deixar de conceder a liberdade, o que é inadmissível.

A liberdade provisória distingue-se do relaxamento do flagrante ou revogação da prisão preventiva. Nesses casos, o acusado é devolvido à condição de liberdade pura, porque o motivo foi considerado ilegal ou insubsistente. Na liberdade provisória o motivo da prisão é válido, mas esta é substituída por aquela; o acusado permanece sob uma causa de prisão que fica suspensa e, conseqüentemente, pode ser revigorada com a revogação da liberdade provisória se houver razão legal para isso.

64.2. Da liberdade provisória sem fiança

O acusado permanece em liberdade pura se não houver flagrante ou se ocorrer a hipótese da Lei n. 9.099/95 em que se lavra o termo circunstanciado com o compromisso de comparecimento em audiência perante o magistrado.

Mas, ainda que seja o caso de prisão em flagrante e esta se efetive, o juiz elabora um raciocínio hipotético *a contrario sensu*. Formula a pergunta: se o acusado estivesse solto, seria o caso de decretação da prisão preventiva? Se a resposta é positiva, porque a prisão é necessária à ordem pública, instrução criminal ou garantia da aplicação da pena, o flagrante será transformado em prisão preventiva; se a resposta é negativa, porque inexistem qualquer um desses motivos, a prisão será relaxada.

Neste último caso, é pressuposto necessário que o flagrante seja válido, porque, se não o for, deve ser anulado, devolvendo-se ao acusado a liberdade pura e incondicionada. Não se trata, então, de liberdade provisória, mas de liberdade pura.

Não tem cabimento a prática de se decretar a preventiva *ad cautelam*, porque há dúvida quanto à legalidade do flagrante. Não há meio-termo ou dúvida possível: se o flagrante é válido e for convertido em preventiva, a prisão será mantida até a sentença; se não for válido, deve ser anulado. Se for válido e o caso é de outra medida cautelar, essa pode ser imposta e pode não implicar prisão, encontrando-se, então, o acusado em liberdade provisória.

A liberdade provisória reconhece a validade do flagrante. Válida a força prisional do flagrante, a concessão da liberdade provisória não o anula, tanto que, se o acusado deixar de comparecer a qualquer ato do processo ou surgir motivo de preventiva, o benefício será revogado, revigorando-se a ordem de prisão.

O sistema está perfeitamente adequado aos princípios do processo penal moderno, que abomina a prisão processual obrigatória.

Há quem não veja, nesses casos, hipóteses de liberdade provisória. Entendemos, contudo, que o são, porque o efeito natural da decisão de pronúncia e da sentença condenatória em crime inafiançável é a prisão, logo a permanência em liberdade deve-se ao benefício de liberdade provisória, o que terá, como consequência, a

possibilidade de revogação, se surgir motivo de preventiva.

Os arts. 413, § 3º (com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008), e 387, parágrafo único (com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008), autorizam, respectivamente, a liberdade para aguardar o julgamento do júri ou aguardar o julgamento pelo Tribunal nos termos acima já expostos, ou seja, a necessidade, ou não, da ordem pública.

Nos casos em que leis especiais, em consonância com o espírito constitucional de repressão mais acentuada a crimes considerados hediondos ou que merecem especial repulsa, preveem a condição de o acusado se recolher a prisão para recorrer, prevalece a presunção legal, inexistindo necessidade de outra fundamentação que não a do texto legal, lembrando-se, porém, que essa presunção é relativa, podendo o juiz, fundamentadamente, conceder o direito à liberdade provisória.

A liberdade após pronúncia ou condenação por crime inafiançável é liberdade provisória, podendo, portanto, ser revogada, se surgir hipótese de preventiva. Assim, se o acusado passa a ameaçar os jurados, não é caso de preventiva, mas de revogação da liberdade provisória anteriormente concedida, porque a força prisional decorre da pronúncia. O mesmo vale no caso de sentença condenatória.

A Parte Geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal, instituída a partir de 1984, trouxeram algumas dificuldades sistemáticas quanto à liberdade após a sentença condenatória. Pergunta-se: a que título fica em liberdade o acusado condenado

que recebeu o benefício da suspensão condicional da pena, durante o processamento do recurso, se esta só vigora a partir da audiência admonitória, que se realiza somente após o trânsito em julgado da sentença?

O sistema é coerente com o princípio da presunção de inocência, no sentido de que os efeitos de direito material da sentença somente podem efetivar-se após o seu trânsito em julgado.

A despeito da coerência com a presunção de inocência referida no texto, cheguei a sustentar, sem nenhum acolhimento, porém, entre os estudiosos do setor, a inconstitucionalidade da vigência do prazo da suspensão condicional da pena a partir da audiência admonitória somente após o trânsito em julgado da sentença, porque o sistema violaria a ampla defesa, na medida em que desencorajaria a utilização dos recursos legais. A utilização dos recursos, inclusive até ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, um dos elementos da ampla defesa, adia o período de prova, o qual, de fato, já está vigorando desde a sentença, de modo que o prazo de suspensão deixaria de ser o designado na decisão, ficando dependente do uso, ou não, dos recursos processuais. O acusado fica, pois, quase sob sentença indeterminada, cujo prazo de duração depende da maior ou menor atividade recursal.

Imagine-se alguém que deseja, o mais breve possível, ficar quite com a justiça penal, mas tenha motivo para recorrer da sentença: se recorrer e não tiver sucesso, a sua liberação ficará protraída, quiçá indefinidamente.

Todavia, enquanto isso, qual a situação processual do acusado? Se o crime for afiançável, deveria prestar fiança, o que seria incoerente com o benefício maior da suspensão condicional da pena, mesmo porque as condições da fiança são diferentes do *sursis*.

Tentando compatibilizar leis com mais de 40 anos de diferença cronológica, podemos aventar a hipótese de uma liberdade provisória especial, com os mesmos requisitos da suspensão condicional da pena, revogável, também, nos mesmos casos em que aquela é revogável. Ou seja, da mesma forma que se suspende a execução da pena, suspende-se a execução da sentença condenatória, com a mesma possibilidade de revogação se houver motivo para a preventiva.

Essas considerações são também aplicáveis aos benefícios concedidos na sentença, em especial o do regime aberto.

64.3. Da fiança

Havendo prisão em flagrante, pronúncia ou condenação recorrível, se o crime for considerado afiançável, não for o caso de liberdade sem fiança nem o das medidas cautelares previstas no art. 319, seguindo os critérios do art. 282, o acusado se mantém ou será posto em liberdade desde que a preste.

A fiança é o depósito em dinheiro ou valores feito pelo acusado ou em seu nome para liberá-lo da prisão, nos casos previstos em lei, com a finalidade de compeli-lo ao cumprimento do dever de comparecer e permanecer vinculado ao distrito da culpa.

A fiança, de regra, é prestada em dinheiro, mas pode ter por objeto pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de crédito ou representativos de capital e, até, imóveis, os quais deverão ser avaliados, fazendo-se o competente registro. O depósito em dinheiro será recolhido a estabelecimento bancário, obedecidos os procedimentos de direito financeiro e as normas relativas aos depósitos judiciais.

O valor da fiança é arbitrado pela autoridade que a conceder, segundo faixas correspondentes à maior ou menor gravidade da infração, conforme previsão do art. 325, e tendo em vista as condições econômicas e vida pregressa do réu, bem como as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, e a importância provável das custas do processo. Esses valores poderão ser, se assim o recomendar a situação econômica do réu, reduzidos até o máximo de dois terços ou aumentados pelo juiz até o décuplo.

Se o acusado for pobre, o juiz poderá conceder a liberdade sem fiança (art. 350), observando-se, porém, que se trata de direito do réu e não faculdade discricionária do juiz.

Nos crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal, o valor é mais elevado, nos termos da Lei n. 8.035, de 27 de abril de 1990, e pode ser reduzido em até nove décimos ou aumentado até o décuplo, dependendo da situação econômica do acusado.

O valor da fiança é atualizado monetariamente pela variação de índice oficial.

Argumentou-se que a nova redação do art. 325 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 7.780, de 22 de junho de 1989, teria revogado o art. 323, I, do mesmo diploma, que considera inafiançáveis os crimes cuja pena mínima cominada seja superior a 2 anos de reclusão, porque o art. 325 prevê faixa de afiançabilidade para pena privativa de liberdade superior a esse limite. Tal revogação, contudo, não ocorreu. A redação anterior do art. 325 também previa crimes afiançáveis com pena privativa de liberdade superior, mas sempre se entendeu que essa pena era a de detenção, porque o dispositivo deveria ser compatibilizado com o art. 323, I, que proíbe a fiança em crimes punidos com reclusão com pena mínima superior a 2 anos. Essa compatibilização continua sendo necessária e possível, porque o art. 325 é genérico para as penas privativas de liberdade em geral, ao passo que o art. 323, I, é específico, proibindo a fiança se essa pena é a de reclusão e se a cominação for superior a 2 anos. A *mens legis*, pois, da Lei n. 7.780/89 não foi a de alterar o critério de afiançabilidade, ou não, das infrações, mas somente a de atualizar o valor da fiança, que era

irrisório em virtude da inflação. Por outro lado, a Constituição de 1988 determina que sejam inafiançáveis, entre outros, os crimes considerados hediondos, e nessa categoria enquadram-se perfeitamente os apenados com reclusão acima de 2 anos, de modo que seria impossível interpretar a nova lei como concessiva do benefício para esse tipo de infração penal.

A fiança, se cabível, será concedida imediatamente após a lavratura do flagrante, mas também poderá ser concedida no correr da ação penal, até o trânsito em julgado da sentença, se surgir hipótese legal, como, por exemplo, se o acusado estava preso por crime inafiançável e o juiz na sentença desclassifica a infração para outra afiançável.

A fiança será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, mas este terá vista do processo em seguida para requerer o que de direito, podendo, também, recorrer em sentido estrito (art. 581, V) da decisão judicial.

No caso de recusa ou demora da concessão da fiança pela autoridade policial, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante petição, diretamente ao juiz, que decidirá depois de ouvir aquela autoridade. Da decisão cabe recurso, no sentido estrito, do acusado, se denegatória, ou do Ministério Público, mas não da autoridade policial que não é parte no processo e não tem capacidade postulatória.

A não concessão da fiança nos casos em que a lei a autoriza enseja, ainda, a impetração de *habeas corpus*.

A autoridade policial somente poderá conceder a fiança se a infração penal for punida com pena privativa da liberdade máxima não superior a 4 anos. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz que decidirá em 48 horas, podendo, alternativamente, aplicar uma das demais medidas cautelares ou converter o flagrante em prisão preventiva.

Não será concedida a fiança:

I – nos crimes de racismo; (*Inciso I com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; (*Inciso II com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (*Inciso III com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

IV – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; (*Inciso IV com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

V – em caso de prisão civil ou militar; (*Inciso V com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

VI – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312); (*Inciso VI com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

VII – nas hipóteses de exclusão por disposição especial de lei, como o da contravenção de aposta sobre corrida de cavalo fora do hipódromo (art. 9º, § 2º, da Lei n. 7.291, de 19-12-1984) e os crimes contra o sistema financeiro (art. 31 da Lei n. 7.492, de 16-6-1986). (*Inciso VII com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)”

A fiança obriga o acusado a comparecer quando for intimado, a não mudar de residência sem autorização da autoridade e a não ausentar-se por mais de 8 dias sem comunicar o lugar em que pode ser encontrado.

Uma vez concedida, a fiança perdura até o trânsito em julgado da sentença e será integralmente devolvida no caso de absolvição ou extinção da punibilidade que atinja a pretensão punitiva. No caso de condenação, o valor da fiança fica sujeito ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, aplicando-se, também, essa responsabilidade no caso de prescrição depois da sentença condenatória.

Uma vez concedida e prestada, a fiança é definitiva, mas pode sofrer vicissitudes, nos termos seguintes:

a. poderá ser determinado o *reforço*, se houver desvalorização dos bens sobre os quais incidia ou se houver alteração da classificação do delito para outro mais grave que se enquadre em faixa de maior valor;

b. haverá *cassação* se concedida fora das hipóteses legais ou se houver alteração da classificação da infração para outra inafiançável;

c. haverá *quebramento* se o acusado descumprir as obrigações do art. 341.

“I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; (*Inciso I acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; (*Inciso II acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; (*Inciso III acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

IV – resistir injustificadamente a ordem judicial; (*Inciso IV acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

V – praticar nova infração penal dolosa. (*Inciso V acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)”

O quebramento pode ser relevado, com reintegração da fiança, se o acusado demonstrar justo motivo para o descumprimento dos ônus;

d. haverá *restituição* se o acusado for absolvido ou for extinta a ação penal, no caso de cassação e reforço não efetivado; no caso de condenação poderá haver *restituição parcial* após incidir a dedução das custas, reparação do dano e a pena de multa;

e. haverá *perda total* se o acusado, condenado, não se apresentar à prisão.

Das decisões do juiz sobre a fiança cabe recurso no sentido estrito com fundamento no art. 581, V e VII.

64.4. Das outras medidas cautelares

Preveem os arts. 319 e 320, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Caput com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (*Inciso I com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (*Inciso II com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (*Inciso III com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (*Inciso IV acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (*Inciso V acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua

utilização para a prática de infrações penais; (*Inciso VI acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (*Inciso VII acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (*Inciso VIII acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

IX – monitoração eletrônica. (*Inciso IX acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 1º (*Revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 2º (*Revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 3º (*Revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (*§ 4º acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (*Artigo com redação determinada pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.*)

No Código de Processo Penal há dois tipos de medidas cautelares: as chamadas medidas assecuratórias da reparação civil e do

perdimento de bens proventos da infração e as cautelares de natureza penal substitutivas da prisão, que são as previstas nos dispositivos acima transcritos.

Cabe explicar, inicialmente, que as revogações trazidas pela nova lei (parágrafos do art. 319) decorrem de ter sido o dispositivo (art. 319) utilizado para tratar do novo instituto "outras medidas cautelares", enquanto o dispositivo anterior tratava da prisão administrativa que passou a não mais existir no Código de Processo Penal. O mesmo aconteceu quanto a outras revogações contidas na Lei n. 12.403/2011, ou seja, aproveitamento de artigos que tratavam de outros assuntos na legislação anterior ou de dispositivos que se tornaram superados em face do novo sistema.

As medidas cautelares acima relacionadas representam um avanço em relação ao sistema quase que maniqueísta anterior: ou havia a preventiva ou não havia nada. Procuraram elas estabelecer a maleabilidade de o juiz poder adaptar a situação do infrator penal à situação de fato, quando a prisão preventiva *ultima ratio* não for o caso, mantendo-o, porém, vinculado aos ônus do processo penal a que esteja submetido.

A Lei não estabelece, nem poderia fazê-lo, uma especificação de qual medida seria a correta para cada caso, porque a variedade de situações somente poderá ser aferida pelo juiz que deverá adotar a solução mais adequada. Discordando o acusado, poderá usar do *habeas corpus*; discordando o Ministério Público, poderá usar do recurso no sentido estrito nos casos previstos no art. 581, que abrange praticamente todos os casos em seu inciso V. Se ali não

houver previsão da hipótese, poderá valer-se do mandado de segurança, porque existe o Direito líquido e certo da acusação em que se aplique ao acusado a medida processual adequada.

As hipóteses previsíveis, em princípio porque somente a prática poderá esgotá-las, são as seguintes:

1 – No caso de ter havido prisão em flagrante, o juiz poderá, analisando fundamentadamente a situação:

a. considerar o flagrante nulo e relaxar a prisão, podendo, de ofício, se for o caso, decretar a prisão preventiva;

b. converter o flagrante válido em prisão preventiva se presentes os seus pressupostos.

Neste caso há um problema prático a resolver. Nos delitos que deixam vestígios, nas 24 horas para a remessa do auto de prisão em flagrante, não há tempo para a realização do laudo de exame de corpo de delito, que não acompanhará o laudo, inexistindo, pois, nesse momento, pressuposto essencial à preventiva (art. 312). Ocorrendo essa situação, que será a comum, se for o caso, deverá a autoridade policial requerer, concomitantemente, a prisão temporária nos termos da legislação especial, que não foi revogada, podendo, então, o juiz decretá-la, para examinar a conversão da provisória em preventiva se estiverem presentes os requisitos da última, respeitados os prazos legais. O flagrante, então, estará convertido em temporária, deixando-se para mais adiante o exame do cabimento da preventiva.

c. O juiz entende que não é caso de preventiva (ou de temporária se proposta), podendo aplicar, adequadamente, uma das medidas

cautelares previstas no art. 319, entre as quais a fiança. Todos os crimes, salvo os relacionados no art. 323 e casos do art. 324, são afiançáveis.

d. Entendendo não ser o caso de fiança, o juiz poderá aplicar uma ou mais, cumulativamente, medidas cautelares do art. 319. Há, pois, implicitamente, uma gradação. Primeiro, verifica-se a adequação da fiança, depois, a adequação das demais. Mas, se não couber fiança nos casos dos arts. 323 e 324, também não caberão outras medidas cautelares.

e. No caso da Lei n. 9.099/95, em que o indiciado se recusou a assinar o termo de comparecimento, o juiz recebe o flagrante, podendo conceder a liberdade provisória sem fiança, considerando-se que se livra solto, porque não há hipótese, em princípio, de que, ainda que condenado, venha a receber pena privativa de liberdade.

Pode, ainda, ocorrer que estejam presentes elementos relevantes de que o acusado, ainda que preso em flagrante, tenha praticado o fato numa das situações do art. 23 do Código Penal (causas de exclusão de ilicitude), o juiz poderá (deverá) conceder a liberdade provisória sem fiança ou qualquer outra medida cautelar.

2 – O agente não foi preso em flagrante:

a. poderá a autoridade policial solicitar a prisão temporária;

b. decretada esta e encaminhado o inquérito a juízo, aplicam-se todas as hipóteses previstas no item anterior.

CAPÍTULO XI

DA CITAÇÃO E DAS INTIMAÇÕES (DA REVELIA)

65. DA CITAÇÃO

A citação é o chamamento do acusado a juízo, vinculando-o ao processo e a seus efeitos. Pela citação válida completa-se a relação processual e o processo pode desenvolver-se regularmente.

A citação é ato formal, ou seja, deve ser realizada da maneira prevista em lei, nas hipóteses legais, não se admitindo forma substitutiva, salvo o art. 570, que adiante será comentado.

A citação pode ser real ou ficta. Citação real é a que se realiza por mandado, pelo oficial de justiça, do militar mediante requisição ao seu chefe, e a que se faz por precatória ou rogatória. Citação ficta é a que se realiza por edital ou a com hora certa.

Far-se-á citação por mandado quando o réu estiver na jurisdição do juiz que a determinar. O escrivão não pode realizar a citação, que é ato privativo do oficial de justiça. A citação por mandado, por assegurar o conhecimento real da imputação ao acusado, é a que

tem preferência sobre a citação ficta. O mandado deverá conter os requisitos do art. 352, que, em resumo, dão conhecimento da imputação, contendo, também, o dia e a hora em que o acusado deverá comparecer para interrogatório. Não se tem admitido a citação no mesmo dia em que o acusado deva ser interrogado, devendo mediar, pelo menos, 24 horas, como também, se a citação não for acompanhada de contrafé, que é a cópia da denúncia ou da queixa. Essas providências garantem a ampla defesa. O oficial de justiça deverá certificar a citação e a entrega da contrafé. Deverá, também, ser certificada eventual recusa no recebimento da contrafé, caso em que, para segurança do ato, o oficial deverá descrever a pessoa citada para que se tenha certeza de sua identidade.

A citação do militar se faz por intermédio do chefe do respectivo serviço, mediante requisição de sua apresentação para interrogatório ao seu comandante, ainda que esteja fora da comarca, com os elementos necessários para o pleno conhecimento da acusação e com a antecedência de, pelo menos, 24 horas como se entende para a citação por mandado. A citação do funcionário civil será feita por mandado pessoal, comunicando-se o fato, porém, à chefia para fins administrativos.

A citação do preso, na versão original do Código, fazia-se mediante requisição ao diretor do estabelecimento em que esteja recolhido, o que era criticado pela doutrina por violação do direito de defesa. Na atualidade, a citação do preso deve ser pessoal (art. 360, com a redação dada pela Lei n. 10.792/2003), entendendo-se por mandado porque essa é a forma regular da citação pessoal.

A citação far-se-á por precatória se o acusado residir fora da comarca do processo. Na comarca da residência do acusado o juiz deprecado determina a expedição de mandado, com os requisitos acima referidos, efetivando-se pelo oficial de justiça. Pode haver citação com hora certa no caso de precatória, estando derogada tacitamente a norma de que a precatória será devolvida para citação por edital. Se o acusado se oculta, na precatória aplica-se a citação com hora certa devolvendo-se a carta cumprida. Somente se o réu não for encontrado será ela devolvida para citação por edital.

Faz-se a citação por rogatória se o acusado é residente no exterior ou em legações estrangeiras. No caso de rogatória para o exterior, o prazo prescricional fica suspenso até o seu cumprimento (art. 368).

“Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo” (art. 362, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008).

A citação com hora certa não era prevista no Código em sua redação original e foi introduzida pela lei acima referida porque é melhor, em termos de relativa segurança de que a ciência da acusação

tenha chegado ao conhecimento do acusado, do que a citação por edital.

A forma da citação com hora certa é a do Código de Processo Civil. Se por três vezes o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência e não o encontrar, havendo suspeita de que se esteja ocultando, deverá intimar qualquer pessoa da família ou qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, em hora marcada, para efetivar a citação (art. 227 do CPC). No dia e hora marcados, retornando ao local, se o oficial de justiça não encontrar novamente o réu, procurará saber das razões de sua ausência, dando por feita a citação (art. 228, § 1º, do CPC). O oficial certificará a ocorrência e deixará a contrafé com pessoa da família ou com vizinho, consignando seu nome na certidão (art. 228, § 2º, do CPC). Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará carta, telegrama ou radiograma ao réu, relatando a ocorrência (art. 229 do CPC).

A citação, não podendo ser feita por um dos meios acima, faz-se por edital. Trata-se de forma de citação subsidiária e ocorrerá se o réu não for encontrado.

Em princípio, essa circunstância deve ser certificada pelo oficial de justiça. Todavia, se desde logo nenhum endereço consta dos autos, porque manifestamente o acusado está em lugar incerto e não sabido, a citação por edital pode ser feita sem a certidão do oficial. O acusado, porém, para ser considerado em lugar incerto e não sabido, deve ser procurado em *todos* os endereços constantes dos autos, inclusive o de seu trabalho, e não apenas no que indicou no interrogatório. Igualmente, deve ser procurado nos locais indicados

por pessoas de seu relacionamento que o oficial de justiça encontrar. Dentro do razoável, são exigíveis diligências adequadas para a localização pessoal do acusado. A certidão do oficial de justiça de que o réu não foi encontrado faz fé pública, mas pode ser confrontada quanto a outros elementos constantes dos autos. No caso de dúvida, deverá o juiz determinar nova diligência para tentativa de citação pessoal antes de determinar a citação por edital. Não tem sido anulada citação por edital realizada concomitantemente a diligências citatórias para citação pessoal se as diligências foram infrutíferas e se confirmou que o réu estava em lugar incerto e não sabido.

A Súmula 351 do Supremo Tribunal Federal considera nula a citação por edital do réu preso na mesma unidade da federação em que o juiz exerce a sua jurisdição. Isso quer dizer que, estando o acusado à disposição da Justiça, não pode ele ser considerado em lugar incerto e não sabido. A restrição, “na mesma unidade da federação”, tem fundamento de ordem prática, porque as unidades policiais e penitenciárias, na maioria, são estaduais, mas não tem fundamento jurídico, porque o Judiciário, enquanto poder da República, é sempre nacional e não da União ou dos Estados, e se o acusado está preso, em qualquer lugar que seja, está à disposição da Justiça enquanto poder definitivo da soberania interna.

Apesar de não haver mais previsão legal expressa, equivalem a não ser o réu encontrado a hipótese de o réu se encontrar em lugar inacessível, sendo que a inacessibilidade pode ser física ou jurídica, como na hipótese de país que não cumpre carta rogatória brasileira,

e a de o acusado não ter dados de qualificação completos, o que impede a sua citação pessoal. No processo penal, o réu nunca pode ser pessoa incerta. A sua identidade física, pelo menos, deve ser certa, ainda que tenha dados de qualificação incompletos. A pessoa deverá ser certa quanto à identidade física, que será definida por suas características corporais, entendendo-se que as características físicas, ou outras, como o apelido, devem ser suficientes para a identificação futura, a fim de que, depois, não se venha a prender pessoa errada.

O prazo do edital é de 15 dias. O texto do Código ainda se refere a outros prazos referentes a situações não mais reguladas e que são verdadeira "sujeira" legislativa restante de reforma incompleta e que deve ser extirpada em futura revisão geral e sistemática do Código.

O edital deverá ser afixado na sede do juízo, "no lugar de costume", e a publicação pela imprensa somente será indispensável quando, na comarca, houver imprensa oficial e verba disponível. No Estado de São Paulo, em todas as comarcas, circulava o *Diário Oficial* do Estado, com verba do Tribunal de Justiça e, nele, era publicado o edital. Atualmente, a publicação se dá pela internet.

O edital deverá conter os requisitos do art. 365, com a observação abaixo quanto à apresentação de defesa, entre os quais se encontra o fim para que é feita a citação. A Súmula 366 do Supremo Tribunal Federal não considera nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia, ainda que esses dados fossem desejáveis.

O prazo será contado do dia da publicação na imprensa, se houver, ou da afixação, devendo ser certificado esse dia.

Outro “lixo” sistemático restante no texto do Código é o de que o prazo seria o tempo mínimo que deveria mediar entre a publicação ou a afixação e o dia em que o acusado deveria comparecer para interrogatório. Contudo o procedimento foi modificado, de modo que o acusado não é mais citado para comparecer para ser interrogado, mas para responder por escrito no prazo de 10 dias. Assim, no edital em substituição à data do interrogatório, como consta da lei, deve estar consignado que, findo o prazo do edital, se não houver defesa no prazo de 10 dias, o processo ficará suspenso nos termos do art. 366.

O réu incapaz será citado, pessoal ou fictamente, na pessoa do curador.

Na hipótese de citação pessoal, a falta de atendimento à apresentação da defesa acarretará a decretação da revelia do acusado. A revelia tem por efeito a não intimação dos demais atos do processo, salvo a sentença condenatória, que tem regras especiais de intimação. A não intimação do acusado não se aplica a seu defensor, dativo ou constituído, porque a defesa técnica é indispensável, qualquer que seja a situação processual do réu.

A revelia também será decretada se o acusado não comparecer a outros atos processuais, desde que intimado, ou se mudar de residência sem comunicar à autoridade judicial o lugar onde poderá ser encontrado. Se após a decretação da revelia o réu comparecer, será ela relevada ou levantada, não se repetindo, porém, atos anteriores.

Para Roberto Delmanto Junior, o instituto da contumácia ou revelia não se coaduna com o atual ordenamento brasileiro, argumentando que a revelia tem caráter sancionatório e pejorativo (desdém, menosprezo), o que é incompatível com a garantia do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF), com o entendimento de que o réu tem o ônus (e não o dever) de comparecer, e, ainda, com a concepção de que a sua presença em juízo é, antes de tudo, um direito seu (direito de presença, faceta do direito à autodefesa, ao lado do direito de audiência). Acrescenta, ainda, o argumento de que no processo penal o contraditório é real e indisponível, estando o acusado, sempre, representado por defensor (constituído ou nomeado), que postula em seu nome, sendo impossível falar-se, tecnicamente, em revelia ou contumácia[135].

Isto porque diferencia o autor três graus de inatividade: *contumácia ou revelia* (entendida como total omissão em comparecer e atuar no processo), *ausência* (o acusado, embora representado por defensor, deixa de comparecer pessoalmente a atos do processo) e *inércia* (o réu tem defensor constituído, comparece mas silencia)[136].

O pano de fundo dos argumentos do referido autor é a construção de uma Teoria da Inatividade no processo penal brasileiro, para quem o movimento do processo não é um contínuo permanente, sendo a inatividade dos sujeitos processuais, ao lado da sua atividade, uma realidade indissociável da dinâmica processual, ostentando a mesma relevância jurídica e merecendo igual atenção da doutrina[137].

No caso de citação por edital, se o acusado não comparecer nem constituir advogado, o processo ficará suspenso, suspendendo-se, também, o 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 disposto no art. 312. Esta regra foi introduzida pela Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, que alterou o art. 366 do Código.

Essa hipótese de suspensão da prescrição deve ser acrescentada aos casos do art. 116 do Código Penal. Trata-se de norma de direito material, desfavorável ao acusado e, portanto, somente aplicável aos fatos posteriores à referida lei. Como a suspensão do processo está vinculada à suspensão da prescrição e como não é possível empregar uma única regra somente em parte, entendemos que a disciplina integral (suspensão do processo e suspensão da prescrição) aplica-se apenas aos processos relativos a fatos ocorridos posteriormente à sua vigência. Quanto aos anteriores, vigora a regra anterior do Código, qual seja, a de que não há

suspensão do processo nem da prescrição, relativamente aos fatos anteriores à vigência da Lei n. 9.271/96.

Três observações, ainda, merecem destaque:

1. É princípio constitucional implícito a prescritibilidade dos delitos e das penas, de modo que a suspensão da prescrição não pode ser eterna. Entendemos, pois, que devem ser aplicados, por analogia *in bonam partem*, os prazos prescricionais da ação penal previstos no Código Penal, na seguinte conformidade, conciliando-se, inclusive, a ideia de *suspensão* dos prazos: verificada a revelia do réu citado por edital, suspende-se o processo e o prazo prescricional, mas este pelo tempo previsto no Código Penal para a prescrição da ação penal, com base na pena em abstrato cominada ao delito; decorrido esse lapso temporal, volta a correr a prescrição da ação penal interrompida pelo recebimento da denúncia, mantida a suspensão do processo, decretando-se a extinção da punibilidade quando esse prazo, anteriormente suspenso, se escoar.

2. A decretação da prisão preventiva não é automática nem o simples fato da revelia é motivo para ela. Ser revel é direito do acusado. O decreto de prisão preventiva deve adequar-se às hipóteses do art. 312, concretamente fundamentadas. A referência à prisão preventiva no dispositivo teve por finalidade apenas aventar a sua possibilidade, tendo em vista a circunstância de que, durante o tempo de suspensão do processo, de regra está proibida a prática de atos processuais.

3. No conceito de provas urgentes incluem-se não somente aquelas em risco de perecimento absoluto, como, por exemplo, o

risco de vida de uma testemunha ou da vítima, mas também aquelas em que, pelas circunstâncias do fato ou local, haja risco de ponderável dificuldade de serem colhidas posteriormente, como, por exemplo, se as testemunhas, pela sua condição social, não têm residência fixa ou estável. As provas colhidas durante o período da suspensão serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo.

4. A suspensão do art. 366 não se aplica à citação com hora certa porque, apesar de ser uma forma de citação ficta, não está referida nesse artigo, e o art. 362, parágrafo único, estabelece que, nesse caso, se o acusado não comparecer, será nomeado defensor dativo, o que significa que o processo prosseguirá com este.

66. DAS INTIMAÇÕES

Para a comunicação dos atos processuais, o Código utiliza os termos "intimação" e "notificação".

Havia uma distinção histórica que vem de antes de João Monteiro, que a consagrou, apontando que a notificação é o ato que determina impositivamente a prática de alguma conduta futura, e a intimação é a comunicação da ocorrência de um ato processual passado.

Essa distinção, contudo, ficou ambígua diante da concepção dos ônus processuais, reconhecendo-se que toda comunicação de ato passado, no processo, significa um ônus de prática de ato futuro e, também, toda comunicação para a prática de ato futuro significa a existência de um ato passado do qual deve ser dada ciência às

partes. E, de fato, é impossível, nos casos em que o Código de Processo Penal utiliza os termos "intimação" ou "notificação", identificar alguma diferença.

Por essa razão, o Código de Processo Civil unificou os atos de comunicação processual, excluída a citação que tem efeitos e significado especiais, sob o termo "intimação".

O Código de Processo Penal adota o termo "notificação" no art. 394, para a ciência do Ministério Público do recebimento da denúncia e designação da data do interrogatório; no art. 421, para ciência ao defensor para apresentação da contrariedade ao libelo; no art. 514, ao acusado nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos para apresentação da defesa preliminar; no art. 558, para idêntica finalidade nos crimes de competência originária dos tribunais; e no art. 570, para considerar suprida a sua falta, ao lado da citação e da intimação, se a parte comparecer ao ato para o qual deveria ter sido intimada ou notificada.

No caso de notificação para a apresentação de defesa preliminar no processo dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos e nos de competência originária dos tribunais, esse ato não é o de simples notificação. Sua natureza é a de *citação*, porque se trata de convocação a juízo e vinculação aos efeitos do processo. Em sentido oposto, o que o Código denomina citação, após o recebimento da denúncia ou queixa, é, na verdade, intimação para o interrogatório.

As intimações, compreendidas as notificações, podem ser feitas da mesma forma que a citação: pessoalmente ou por edital. Podem também ser feitas pelo escrivão ou por termo nos autos pelo juiz.

A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente dar-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo essa publicação o nome do acusado, sob pena de nulidade. Não havendo órgão oficial de publicação na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado ou via postal com aviso de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo.

Tais regras gerais não se aplicam aos casos em que haja disposição especial, como a intimação da sentença condenatória (art. 392).

O Ministério Público e o defensor nomeado, em qualquer circunstância e qualquer grau de jurisdição, serão sempre intimados pessoalmente, apondo seu ciente nos autos, contando-se dessa data os seus prazos.

A citação e as intimações (as notificações) consideram-se supridas se a parte comparece ao ato. Este, se houver perigo de prejuízo, poderá ser adiado, ou poderá ser devolvido o prazo à parte.

CAPÍTULO XII

DAS NULIDADES

67. PRINCÍPIOS GERAIS. CLASSIFICAÇÃO

O tema das nulidades processuais tem sido longa e minuciosamente tratado na doutrina, padecendo, porém, ainda de alguns males, entre os quais o do casuísmo, o da falta de sistematização e o da insistência em se tentar colocá-lo submetido aos mesmos princípios das nulidades dos atos jurídicos de direito material. Tem, também, perturbado a visão clara do assunto a repulsa histórica ao excessivo rigor formal vigorante até as primeiras décadas do século passado.

No direito processual brasileiro, marcou época e ainda permanece irrepreensível a exposição sobre o tema de Galeno Lacerda no *Despacho saneador*[\[138\]](#), a qual, porém, a despeito do tempo decorrido, ainda não foi devidamente absorvida, especialmente pela doutrina do processo penal, quando, na verdade, é a única base possível para uma sistematização adequada do assunto.

O sistema das nulidades processuais tem princípios próprios, e seu entendimento deve partir do conceito de forma e sua função na distribuição da Justiça.

Há, também, outros mecanismos utilizados pela lei para compelir ao cumprimento das formas. Um deles é a utilização da força, como por exemplo quando o juiz determina que se feche a porta para preservar o segredo de justiça de uma audiência; outro é o da previsão de cominações especiais que não interferem na validade do ato, como, por exemplo, multa pelo descumprimento do prazo pelo juiz.

Não se cultua a forma por ela mesma, mas é impossível a estruturação do processo adequado, que assegure a correta aplicação da lei e as garantias das partes, se a lei processual não fizer a previsão de um modelo ao qual os sujeitos do processo devem submeter-se, porque, se a forma limita a atividade de um, tem razão de ser, porque preserva o espaço do outro.

A atividade processual é de direito público e, portanto, regrada, devendo as partes obedecer à forma legal, entendida esta não só como a exteriorização do ato, mas também como os requisitos ou elementos que ele deve conter.

Não existe a decantada liberdade das formas. A forma é a legal, que deve ser respeitada pelos sujeitos processuais. Os códigos de processo são códigos de modelos típicos, aos quais as partes, o juiz e os auxiliares da justiça devem submeter-se.

O sistema das invalidades nada mais é que um mecanismo para compelir os sujeitos do processo ao cumprimento do modelo típico legal, ou seja, ou se cumpre o modelo legal ou o ato será ou poderá ser declarado inválido.

O primeiro princípio, portanto, que rege os atos processuais e conseqüentemente o das nulidades é o da *tipicidade das formas*, que poderia ser assim formulado: o Código prevê quais os atos que devem ser praticados e como devem ser praticados, devendo esse modelo ser respeitado.

Mais adiante se verá que as formas não são sacramentais e sofrem abrandamento, mas o ponto de partida é o de que elas existem para ser respeitadas, porque foram criadas para assegurar as garantias das partes e a melhor atuação da ordem jurídica. O abrandamento advém do *princípio da instrumentalidade das formas*, que significa que a sua existência não é um fim em si mesmo, mas tem a função de proteger algum interesse que deve ser perquirido antes de se decretar a invalidade do ato. Isso não quer dizer, porém, que qualquer ato possa ser substituído ou praticado de maneira diferente, porque a amplitude da instrumentalidade depende da natureza da norma sobre a forma, como adiante se exporá.

O segundo ponto a fixar é o de que o ato, uma vez praticado, ainda que de forma defeituosa, desde que existente, passa a produzir efeitos e os produzirá até que seja declarado inválido. Não é correto, pois, em matéria de direito processual dizer que ato nulo não produz efeitos. Produz, sim, até que seja declarado como tal, oportunidade em que serão desfeitos os seus efeitos pelo mesmo ato declaratório. Podemos chamar esse princípio de *princípio da permanência da*

eficácia dos atos processuais e pode assim ser resumido: o ato processual, desde que existente, ainda que defeituoso, produz os efeitos que a lei prevê para aquele tipo de ato, e os produzirá até que haja outro ato que declare aquele defeito e a ineficácia dos efeitos. O que se costuma chamar de nulidade absoluta ou relativa nada tem que ver com os efeitos do ato; se o ato existe, ele produz todos os efeitos que a lei prevê, e os produzirá eficazmente até que outro ato o desfaça. Nulidade absoluta ou relativa é uma qualificação dos defeitos, mais ou menos graves, do ato e que vão influir no regime jurídico da decretação de sua invalidade, mas em termos de efeitos nós só temos duas situações: antes da decretação da invalidade o ato produz todos os efeitos; decretada a invalidade, o ato da decretação define a sua abrangência, e não interessa, mais, a razão da decretação.

A terceira regra a reconhecer é a de que a invalidade dos atos processuais somente pode ser decretada se o sistema processual prever instrumento para decretá-la, e somente poderá ser decretada no momento em que a lei admitir. De nada adianta dizer que uma sentença sem relatório ou fundamentação é nula se não foi interposto recurso para a obtenção da declaração de invalidade; enquanto não houver essa declaração, ela continuará produzindo efeitos.

A esse princípio podemos denominar *princípio da restrição processual à decretação da invalidade*.

O processo é um continente fechado, diferentemente dos atos da vida civil, de modo que somente no processo e no momento adequado é que se pode declarar a invalidade de atos.

Resumindo o que até agora foi exposto, temos: o Código prevê modelos de atos que devem ser praticados da forma legal; se praticados, ainda que defeituosos, passam a produzir os efeitos previstos na lei para aquele tipo de ato; o ato, ainda que defeituoso, somente deixa de produzir efeitos quando outro ato o declara inválido, o que somente é possível se a lei processual tiver previsão de um instrumento para isso, e a declaração somente ocorrerá no momento nela previsto.

Um exemplo será útil:

Se um juiz, assumindo uma comarca, recebe conclusos os autos de um processo de que foi proferida sentença sem relatório e sem fundamentação, poderá ele declará-la nula? Evidentemente que não, porque o instrumento para se alcançar essa declaração é o recurso, e o momento será o do julgamento pelo tribunal. E se não houve recurso, apesar de intimadas as partes? Se a sentença foi absolutória, permanecerá com força de coisa julgada material perenemente, porque não existe instrumento para a decretação da invalidade. Se for condenatória, há dois instrumentos para desfazê-la: o *habeas corpus* e a revisão criminal. Mas somente será desfeita se e quando forem utilizados.

Outro ponto também é importante.

A impossibilidade da decretação da invalidade não significa sanção. *Sanar* é curar o que estava mal. No caso das nulidades processuais, existe a figura da sanção, mas aplicável à anulabilidade, que adiante será estudada. Os defeitos dos atos podem não ficar sanados, ainda que a sua ocorrência não possa ser declarada. Eles permanecerão como descumprimentos da forma

legal, e, se for utilizado o instrumento legal, poderão ser reconhecidos.

Há, na história do direito processual penal brasileiro, caso de decretação de nulidade, por meio de *habeas corpus* de sentença condenatória de cerca de 20 anos anterior. Enquanto não se utilizou o instrumento, a sentença permaneceu produzindo os efeitos legais de sentença condenatória. E não houve sanção.

Fixados esses conceitos, que regem *todas* as hipóteses de defeitos de atos processuais, passaremos a analisar as diversas categorias de irregularidades e o regime jurídico da decretação da invalidade dos atos que as contiverem.

A gravidade do defeito determina o regime de decretação da invalidade, levando à situação de *nulidade absoluta*, *nulidade relativa* ou *anulabilidade*.

Fora do sistema das nulidades encontra-se a hipótese de inexistência do ato. Ato inexistente é o que tem somente a aparência do ato, mas, na verdade, não foi praticado, como, por exemplo, a citação de um homônimo ou a sentença proferida por pessoa que não seja juiz.

O ato inexistente deve ser simplesmente desconsiderado, devendo ser praticado o ato que não o foi. Daí não depender de instrumento específico para o seu desfazimento; basta que se pratique o que não foi feito.

Às vezes a doutrina tem a tendência de considerar inexistentes atos que, na verdade, são apenas nulos. Entre outras hipóteses podem ser referidas a

sentença de juiz militar quando a competência era do juiz penal comum e a sentença do juiz impedido. Em ambas as situações o juiz é dotado de jurisdição, portanto a sentença existiu como tal, ainda que com nulidade absoluta. Diferente é a situação de "sentença" sem dispositivo. Nesse caso o ato não é sentença porque nada decidiu, logo, deve ser praticada outra no lugar, ou melhor, deve ser praticado o ato que não o foi.

A qualidade do defeito, como se disse, determina o tipo de invalidade, no sentido de que define um regime próprio de decretação. E essa qualidade depende do tipo de exigência legal que foi descumprida.

Se a exigência é imposta pela lei em função do interesse público, a situação é de *nulidade absoluta*. Se a exigência descumprida é imposta pela lei no interesse da parte de maneira cogente, há *nulidade relativa*. Se a exigência é preconizada pela lei no interesse da parte de forma dispositiva, a situação é de *anulabilidade*.

Em outras palavras, se a norma violada é tutelar do interesse público há *nulidade absoluta*; se é tutelar do interesse da parte, há *nulidade relativa* caso a norma seja cogente, e *anulabilidade* caso seja dispositiva.

Insiste-se em que essas situações, por mais graves que sejam, não retiram automaticamente o ato do mundo do processo. É preciso que um outro ato, praticado por meio do instrumento e no momento adequados, declare a invalidade para que o ato viciado deixe de

produzir efeitos. Repita-se: se não houver instrumento ou momento, o ato, ainda que defeituoso, permanece produzindo os efeitos próprios de sua natureza. Essa regra se aplica aos três tipos de vício referidos no parágrafo anterior. Não se aplica à inexistência, hipótese em que o ato será simplesmente desconsiderado, porque tanto ele quanto os seus efeitos são meramente aparentes.

Há defeitos que não têm como consequência a cominação de invalidade ou não têm consequência nenhuma. São as *meras irregularidades*, sem sanção ou em que a sanção não é a possibilidade de decretação da invalidade. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, considera mera irregularidade o edital de citação não conter o resumo da denúncia ou queixa, desde que mencione o dispositivo da lei penal em que o acusado esteja incurso.

Se a norma violada pelo descumprimento do modelo é norma tutelar do interesse público, que quer dizer interesse da justiça, a situação é de nulidade absoluta. A nulidade absoluta pode e deve ser decretada de ofício, se houver instrumento e no momento próprio. O defeito não convesce ou se sana. Não há necessidade de prova do prejuízo, porque o prejuízo é presumido, pois é do interesse público.

Isso não exclui a possibilidade de o intérprete legal do interesse público, se houver, reconhecer que o interesse público foi preservado, deixando, pois, de decretar a invalidade. É o que acontece, por exemplo, no processo civil com a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público. Não pode o tribunal deixar de decretá-la porque não houve

prejuízo, mas o ato será mantido se o próprio Ministério Público, analisando a situação, afirma que o interesse público foi preservado e não há necessidade da repetição do ato.

O brocardo *pas de nullité sans grief*, que se generalizou como o grande princípio regente da decretação da invalidade e está consagrado no art. 563, artigo inicial do Capítulo das nulidades do Código, *não* se aplica à nulidade absoluta. A importância que se tem dado a ele decorre da repulsa histórica ao excessivo rigor formal que vigorou até o início do século passado, mas ele não é omnivalente, porque atua somente se o vício é a nulidade relativa ou a anulabilidade. Teve, contudo, a importante função de levar à compreensão de que, a despeito de a forma ser a legal e dever ser cumprida, ela não existe como fim em si mesma, mas tendo em vista uma finalidade de proteção do interesse público ou do interesse da parte. A isso se denomina *princípio da instrumentalidade das formas*.

Não se aplicam, também, à nulidade absoluta as exclusões de falta de interesse e de lealdade, circunstâncias que se referem às partes, aplicando-se, portanto, somente à nulidade relativa e à anulabilidade.

Se a norma violada é tutelar do interesse da parte e é cogente, há nulidade relativa. Esta também deve ser decretada de ofício, porque compete ao juiz velar pelo cumprimento das normas de garantia das partes. Assim, por exemplo, se foi expedida precatória sem a intimação da defesa, deve o juiz mandar expedir outra ou determinar a imediata intimação se ainda houver tempo, independentemente de requerimento da parte. No caso de nulidade relativa, porém, a parte

em favor da qual está instituída a garantia pode dela abrir mão. Ademais, se o momento ordinário de verificação da regularidade processual e da decretação da nulidade está ultrapassado, a nulidade só se decreta se houver prejuízo. No exemplo acima, se a precatória, expedida sem intimação, já retornou e não foi ouvida a testemunha, ou esta nada sabia sobre os fatos, não se expedirá outra por falta de prejuízo. Prejuízo, nesse sentido, é a inexistência de repercussão no resultado do processo. Assim, a defesa, para obter a expedição de outra precatória, com a decretação da nulidade da anterior, deve demonstrar que, se tivesse sido intimada, poderia ter alterado, de forma relevante, o conteúdo da prova.

A nulidade relativa não convalida. Quer dizer, se houver demonstração de prejuízo e existir instrumento para a declaração da invalidade, a qualquer tempo pode ela ser decretada. Essa circunstância é muito importante para a defesa, que, mesmo depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, tem o *habeas corpus* e a revisão criminal para obter o reconhecimento da nulidade.

À nulidade relativa aplicam-se as exclusões de ausência de interesse e de lealdade. Se a parte deu causa à irregularidade ou para ela concorreu, não pode argui-la, como também não pode valer-se de falta de providência que somente à parte contrária interesse. O mesmo vale se a irregularidade formal foi irrelevante, não influenciando na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (art. 566). Como se vê, essas circunstâncias impeditivas da decretação da invalidade referem-se às partes, aplicando-se, portanto, somente à nulidade relativa.

Finalmente, a situação é de anulabilidade se a exigência descumprida é, também, do interesse da parte, mas a norma instituidora é dispositiva, não tem cominação expressa de nulidade ou não concerne às garantias essenciais das partes no contraditório. No caso de anulabilidade, a parte deve alegar a irregularidade nos momentos previstos no Código, como adiante se verá, sob pena de preclusão, demonstrando o prejuízo. Aplicam-se, igualmente, as exclusões de falta de interesse e de lealdade.

Há uma situação que parece de sanção ou convalhecimento, aplicável a qualquer hipótese de defeito, e que pode dar a entender que nulidade relativa ou a absoluta se sanam ou convalescem. É a hipótese da *substituição*. A lei, em determinados casos, prevê que um ato fica substituído por outro ato ou por um comportamento, utilizando a expressão "fica suprida...", ou mesmo somente prevendo uma alternativa. Essa hipótese não é de sanção ou convalhecimento, é de *substituição*, porque a lei considera como se tivesse sido praticado um ato porque ocorreu outro ato ou fato, independentemente da validade ou existência do primeiro. Não é que o primeiro tenha ficado sanado; é que foi substituído por outro ato ou fato. É o que acontece com o comparecimento da parte não citada ou não intimada. O comparecimento substitui a citação ou intimação, inclusive se estas inexisteram.

Essas são, pois, as hipóteses e o regime de decretação de invalidade. É possível haver, em cada caso concreto, dificuldade ou divergência quanto à natureza da norma violada, ou seja, qual o interesse protegido de maneira dominante, se o interesse público ou o da parte; mas, definido ele, está definido o regime de decretação.

Quando forem analisadas as Súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre nulidades no processo penal a mecânica do sistema ficará mais clara.

Um resumo das situações de invalidade e o regime jurídico de sua decretação encontra-se no quadro adiante.

Se existe o defeito, se o sistema processual prevê o instrumento e o momento é o adequado e, ainda, se, em se tratando de nulidade relativa ou anulabilidade, não houver causa de exclusão, o juiz ou o tribunal deve decretar a invalidade do ato.

Ao decretá-la, deve declarar quais os atos consequentes também atingidos. Em virtude do *princípio da consequentialidade*, a invalidade de um ato provoca a invalidação daqueles que dele dependam. Essa é uma relação lógica e não cronológica, de modo que atos posteriores podem ser preservados se não dependerem logicamente do ato anulado. É comum os tribunais, quando decretam a nulidade, declararem que o processo está nulo a partir de "fls. x". Isso quer dizer que são nulos todos os atos subsequentes, porque todos dependem do ato anulado. Tal prática, todavia, não é a mais recomendável, pois pode haver algum ato cronologicamente posterior que poderia ser preservado, porque não dependente do declarado nulo.

A preservação de ato não dependente do anterior se denomina *princípio da conservação dos atos processuais*. Esse princípio se aplica, também, aos atos complexos: se uma parte do ato for nula, mas existe outra parte que dela não dependa, conserva-se esta última.

Essa regra não se aplica à sessão do júri, que é indivisível em virtude da concentração e incomunicabilidade dos jurados.

Neste passo é preciso distinguir decretação da nulidade de ato e decretação da nulidade do processo. Há defeitos que não são apenas de certos atos, mas são da constituição da relação processual. Nesse caso, o defeito da relação processual contamina todos os atos nela praticados. É o que acontece, por exemplo, com a ilegitimidade de parte.

Decretada a invalidade de um ato e dos que lhe são consequentes, o ato deve ser repetido, se não for possível a sua retificação.

O Código prevê a ratificação apenas num caso específico, o da irregularidade da representação da parte, apesar de, na prática, ter sido usada a ratificação como forma de se convalidar ou aceitar um ato da forma como anteriormente tenha sido praticado, depois de superado algum óbice. Essa ratificação, como não prevista em lei, pode trazer consequências indesejáveis para a certeza do processo, e não deve generalizar-se. É costume, por exemplo, na dúvida quanto à validade do recebimento da denúncia após a decretação da incompetência, ratificar-se esse ato. Essa decisão, porém, coloca em dúvida a data da interrupção da prescrição. Seria na data do primeiro recebimento ou na data da ratificação? Se é na data do primeiro é porque o recebimento tinha sido válido e, portanto, não precisava de ratificação. Se é na data do segundo é porque o primeiro foi inválido, logo o segundo não o ratificou, sendo ato novo autônomo. Essa prática é, pois, absolutamente indesejável, devendo o juiz, no caso,

decidir se o recebimento da denúncia foi, ou não, válido, assumindo-se, desde logo, as consequências dessa decisão.

O Código prevê algumas regras especiais sobre certas irregularidades.

A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios (art. 567). A intenção da lei é a de preservar atos instrutórios e outros que não tenham o conteúdo de decisão. São atos decisórios a sentença, o decreto de prisão preventiva, a decisão sobre a fiança e outros que deverão ser renovados. Há polêmica a respeito do recebimento da denúncia: se é, ou não, ato decisório. No plano teórico, é possível sustentar que seja, porque, por ele, o juiz assume a coação processual, o ato interrompe a prescrição e instaura-se, segundo o Código, a ação penal. Todavia, se assim se entender, o art. 567, que dispõe que a incompetência *somente* anula os atos decisórios, ficaria inutilizado porque, anulado o recebimento da denúncia, todos os demais atos ficariam inutilizados. Deve-se, pois, considerar, para os fins do art. 567, que o recebimento da denúncia ou queixa não é ato decisório.

A nulidade por ilegitimidade do representante da parte, conforme dispõe o art. 568, "poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais". Trata-se de irregularidade da representação, apenas, e não da ilegitimidade de parte, que é insanável. A hipótese, pois, refere-se à falta ou defeito na procuração e não à nulidade indicada no inciso I do art. 564.

O art. 569 admite que as omissões da denúncia ou da queixa e da representação poderão ser supridas a todo tempo antes da sentença

final. Trata-se, todavia, de omissões puramente formais ou materiais. Evidentemente não se pode incluir fato novo ou corrêu. Há que se distinguir retificação da denúncia ou queixa de aditamento. Retificação é correção de erro material; aditamento é ampliação da pretensão acusatória. O aditamento da denúncia é possível até à sentença, mas é necessário propiciar-se ao acusado a oportunidade de defesa. O art. 384 do Código, no Capítulo da sentença, prevê a hipótese do aditamento, e adiante será examinado. São retificações admissíveis com fundamento no art. 569, entre outras:

Há quem apoie a possibilidade de aditamento no art. 569. Todavia, a faculdade de aditar decorre da legitimação para agir, porque o aditamento nada mais é que uma denúncia ou parte dela. Pela mesma razão, o aditamento da queixa na ação penal exclusivamente privada também fica sujeito à regra de legitimidade para agir e ao prazo de decadência.

1. retificações ou inclusões de dados de qualificação do acusado;
2. inclusão do rol de testemunhas omitido por erro;
3. inclusão de assinatura do promotor que faltava;

Já se disse que a denúncia sem assinatura seria inexistente, mas isso não é correto. Denúncia sem assinatura, desde que não haja dúvida de que foi o órgão do Ministério Público que a elaborou, tem defeito apenas na autenticação, o que pode ser corrigido até à sentença, mediante a declaração do Ministério Público de que é ato dele emanado.

4. retificações acidentais em dados fáticos que não prejudiquem o direito de defesa, como, por exemplo, a correção do valor da *res furtiva*.

A medida da amplitude da possibilidade de retificações é o direito de defesa, porque não podem elas alterar a objetividade dos fatos, causando surpresa ao acusado. Se isso ocorrer, a hipótese não é de retificação, mas de aditamento, devendo ser dada oportunidade à defesa para contrariá-lo.

O art. 570 prevê a *substituição* da falta ou nulidade da citação pelo comparecimento do interessado ao ato, ainda que compareça apenas para arguir a irregularidade. O juiz, todavia, ordenará a suspensão ou adiamento do ato quando reconhecer que a irregularidade pode prejudicar o direito da parte.

REGIME DAS INVALIDADES

<i>Natureza do defeito</i>	<i>Denominação</i>	<i>Regime de decretação</i>
Violação de norma tutelar de interesse público	Nulidade absoluta	Pode ser decretada de ofício se houver instrumento. Não convalesce. Não depende de prova de prejuízo. Não se aplicam as exclusões de falta de interesse ou de quem tenha dado causa.
Violação de norma cogente de interesse da parte	Nulidade relativa	Pode ser decretada de ofício. A parte pode abrir mão da formalidade. Se a invalidade não for decretada no momento ordinário, depois só se decreta se houver prejuízo. Aplicam-se as exclusões de ausência de prejuízo, falta de interesse e de lealdade. Não convalesce por falta de alegação.
Violação de norma dispositiva de interesse da parte	Anulabilidade	Somente se decreta a requerimento da parte e se houver prejuízo. Convalesce se não for alegada no momento oportuno. Aplicam-se as exclusões de ausência de prejuízo, de interesse e de lealdade.

68. ROL LEGAL DAS NULIDADES

A doutrina costuma repetir que a ocorrência de nulidade deve advir de disposição legal expressa.

Tal afirmação, todavia, não é correta, não só porque a invalidade decorre naturalmente do descumprimento do modelo legal, como acima se expôs, mas também porque se assim o fizesse a lei perderia a utilidade da cominação expressa, que é a de esclarecer que é cogente o cumprimento da formalidade, facilitando a decretação da invalidade.

De fato, a lei, às vezes, faz cominações expressas com o escopo de chamar a atenção para a importância da exigência, mas isso não quer dizer que essa cominação expressa seja necessária. Ademais, no que concerne ao processo penal, o inciso IV do art. 564 do Código prevê cominação genérica, abrangendo, portanto, todas as hipóteses de descumprimento da forma legal.

O Código optou por relacionar as hipóteses de invalidade, fazendo-o no art. 564, encerrando, porém, com uma fórmula genérica no inciso IV. Não fez menção à natureza de cada uma das hipóteses, mas isso é possível extrair dos critérios apontados no item anterior e do próprio tratamento legal de algumas delas.

Antes da análise do rol legal, cabem algumas observações gerais para o entendimento do texto legal.

1. A lei não distingue entre os casos de nulidade do processo e nulidade do ato, cabendo ao intérprete deduzir a abrangência da invalidade.

2. As hipóteses do inciso III do art. 564 são de falta total das fórmulas ou termos nele relacionados. A falta de algum elemento do ato ou termo enquadra-se no inciso IV.

3. O inciso IV do art. 564 contém um defeito de redação que pode tornar incompreensível o sistema, tendo, inclusive, levado à perplexidade parte da doutrina. Refere o dispositivo que ocorrerá a nulidade se houver “omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”. Em termos ontológicos, lógicos e gramaticais, a *essência* de algo é aquilo que faz com que seja o que é, e não outra coisa, de modo que, se falta a essência, o ato não existe, ou é outro.

Ora, se o ato não existe, não poderia estar colocado como nulo e, principalmente, não poderia convalidar, como dispõe o art. 572. À vista dessa incongruência, é preciso interpretar que o termo “essencial” no inciso IV não tem o significado ontológico, devendo ser entendido com a acepção de “importante”. No caso, o Código foi enfático ao usar o adjetivo “essencial”, para chamar a atenção que a formalidade a considerar deve ser das importantes, das relevantes, para não se decretar a nulidade em virtude de aspecto meramente externo e sem importância. Não se pode, porém, raciocinar em termos de falta de elemento essencial no sentido lógico, porque a hipótese, de fato, equivaleria à inexistência do ato, que já está relacionada no inciso III. Esta tem razão de ser porque, no inciso III, relacionam-se certos atos cuja falta provoca a nulidade do processo ou, pelo menos, dos atos subsequentes.

4. É possível, desde logo, apontar quais os casos de anulabilidade no art. 564. São aqueles cuja falha fica sanada pela falta de alegação no momento oportuno e se o ato, praticado de outra forma, atingiu o seu fim, ou ainda se a parte, mesmo tacitamente, tiver aceitado os seus efeitos. Isto porque, se há sanção, a hipótese é de anulabilidade, submetendo-se ao seu regime jurídico, nos termos do que se discorreu no item 66. Esses casos são: a falta de formalidade *importante do ato* (inciso IV do art. 564), a falta de intervenção do Ministério Público e os prazos concedidos à acusação e à defesa (inciso III, *d* e *e*, segunda parte) e a falta de intimação do réu para a sessão do júri ou das testemunhas (inciso III, *g* e *h*). Os momentos para a arguição dos vícios, nesses casos, sob pena de sanção, são: os da instrução criminal, nas alegações finais, inclusive nos casos de

crimes de competência originária; os do procedimento do júri após a preclusão da decisão de pronúncia, na abertura da sessão de julgamento; os da sentença, ou posteriores, nas razões de apelação ou na abertura da sessão de julgamento no tribunal; e os do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem, devendo a argüição ser reiterada no recurso contra a decisão.

Além dos casos já comentados, inclusive o da omissão de formalidade importante do ato, conforme preceito do inciso IV do art. 564, adiante comenta-se o rol de hipóteses do Código.

1. Ocorrerá nulidade no caso de incompetência, suspeição ou suborno do juiz.

A incompetência que determina a invalidade é a de qualquer natureza, inclusive a territorial. Esta, porém, apesar de ter, também, fundamento funcional, porque menos intenso que nos demais casos, induz nulidade relativa. Pode ser decretada de ofício, mas se não o for só se decreta se houver prejuízo. O mesmo ocorre quanto à não reunião de processos, nos casos de conexão e continência. O defeito de competência das justiças especiais, competência hierárquica, competência funcional ou em razão da matéria induz nulidade absoluta.

Já se sustentou que o defeito de competência de justiças especiais, como, por exemplo, um crime da competência da Justiça Militar ser julgado pela Justiça Comum, ou vice-versa, levaria à inexistência da sentença. Nosso entendimento é o de que não,

porque ambas exercem atividade jurisdicional, na área da justiça penal, de modo que não se pode falar em inexistência do processo ou da sentença, que ocorreria se o procedimento se desenvolvesse perante um *não juiz*.

Quanto aos vícios relativos à pessoa do juiz, refere o Código a *suspeição* e o *suborno*. Omitiu o impedimento e a incompatibilidade[139]. Estes, evidentemente, acarretam a invalidade e, até, de natureza mais grave, qual seja, a nulidade absoluta. No caso de *suspeição*, a nulidade é relativa, isto é, se apontada e reconhecida no momento próprio, que é a exceção, anulam-se os atos do juiz suspeito (art. 101). Se, todavia, for arguida fora desse instrumento, somente se decreta a nulidade se houver prejuízo, ou seja, se causou influência no resultado do processo. No caso de impedimento ou incompatibilidade, a nulidade é absoluta.

Não se admire que a *suspeição* possa ser argüida fora da exceção. Se a sentença foi condenatória, poderá ser alegada em revisão criminal, e, se procedente a imputação e se causou ela prejuízo, decreta-se a invalidade.

Em acréscimo, já argumentamos que nos casos de impedimento ou incompatibilidade não se trata de inexistência, porque o juiz continua dotado de jurisdição, estando, apenas, proibido de exercê-la em determinado processo. Sendo nulidade e não inexistência, sua decretação fica submetida à

existência de instrumento processual e momento para isso.

Finalmente, o inciso I do art. 564 refere o *suborno* do juiz. “Suborno” não é termo técnico penal nem processual penal. O Código Penal prevê, para a situação correspondente, o crime de corrupção passiva, e o Código de Processo Penal não o enquadra em nenhuma categoria processual. Deve-se entender, contudo, que, além da corrupção passiva, é motivo de nulidade a infração mais grave que é a concussão, e, também, que essas situações equivalem aos impedimentos, gerando nulidade absoluta, que não depende de prova de prejuízo, porque comprometem a ordem pública.

Conforme já se comentou, a incompetência acarreta a nulidade dos atos decisórios (art. 567) e, nos demais casos do inciso I do art. 564, a dos atos praticados pelo juiz, bem como os seus consequentes.

2. Haverá nulidade, também, por *ilegitimidade de parte*. A ilegitimidade, no caso, é tanto a ilegitimidade *ad causam*, concernente ao exercício do direito de ação, quanto a ilegitimidade processual ou incapacidade processual. Assim, tanto ocorre a nulidade por violação das regras de iniciativa da ação penal quanto por incapacidade processual, como no caso do acusado menor de 18 anos, que não tem capacidade processual penal passiva. Se não houvesse a regra, o processo deveria prosseguir até sentença, para que o menor pudesse ser absolvido por inimputabilidade. A cominação expressa da nulidade permite a decretação da extinção do processo assim que constatada.

Essa técnica, de cominar a nulidade para situações que seriam de carência da ação, ou mesmo de mérito, é utilizada pela lei para facilitar a extinção do processo imediatamente, sem necessidade de se aguardar a sentença final. A ideia será adiante retomada no comentário ao inciso III, *b*, do art. 564.

A nulidade por ilegitimidade para agir ou processual é absoluta, porque as normas que a disciplinam são de ordem pública. E a nulidade é do processo, porque está contaminada a relação processual, não podendo ser aproveitado nenhum ato processual. O art. 568, que admite a sanção, mediante ratificação dos atos, da ilegitimidade do representante de parte, refere-se exclusivamente a defeitos, como é expressa a lei, de *representação*, enquanto capacidade postulatória[140], e não de legitimidade para agir ou capacidade de ser parte. Defeitos de representação, por exemplo, são a falta de procuração ao advogado ou a falta de portaria de designação do membro do Ministério Público, se não é o titular do órgão que oficia perante o juízo. Estas irregularidades podem ser sanadas com a ratificação, assim que se providenciar o ato faltante. Já a ação penal proposta pelo Ministério Público, se era de iniciativa exclusivamente privada ou, ao contrário, proposta pelo ofendido se a ação penal era de iniciativa pública, e não ocorreu a hipótese de ação penal privada subsidiária, é imprestável e não admite qualquer sanção ou aproveitamento de atos.

3. O inciso III relaciona os atos cuja falta acarreta a nulidade:

a. Por falta de denúncia, queixa ou representação.

A alínea refere, também, a falta de portaria ou auto de flagrante nos procedimentos contravencionais. Essa hipótese não existe mais a partir da Constituição de 1988, que instituiu a exclusividade da ação penal pública para o Ministério Público.

Poder-se-ia dizer que essas hipóteses seriam de inexistência do processo por falta de iniciativa. Não é esse o caso, porém, porque, ainda que sem iniciativa correta, se o juiz, de ofício, instaurar procedimento contra alguém, esse será nulo, em nulidade absoluta, mas não inexistente. Para que exista o processo, ainda que nulo, basta a relação entre o juiz e uma pessoa. Essa relação pode ser, até, teratológica, mas produz efeitos e não se pode dizer que *inexistiu*.

As falhas da denúncia ou queixa são supríveis, conforme disciplina o art. 569 já comentado.

b. A falta de exame de corpo de delito, com a ressalva do corpo de delito provado indiretamente, é, também, motivo de nulidade. A cominação tem por finalidade evitar acusações infundadas, como garantia da pessoa. Se não houvesse essa cominação, a existência, ou não, do exame de corpo de delito seria matéria de mérito e somente na sentença definitiva é que poderia ser apreciada, ficando, além disso, submetida à apreciação racional do juiz. Com o preceito

legal, o juiz pode decretar a nulidade do processo, e o tribunal a nulidade da sentença, sem apreciação do mérito.

Nos termos estritos do Código, a rigor, sem o exame de corpo de delito, a denúncia ou queixa não poderia sequer ser recebida, porque, se o processo é nulo sem ele, também não poderia instaurar-se na sua falta. Todavia, por motivos de ordem prática, tendo em vista as dificuldades burocráticas da elaboração do laudo de exame de corpo de delito, às vezes, a denúncia ou queixa tem sido recebida sem ele, mas nunca será possível sentença condenatória sem que esteja presente nos autos. A Lei n. 11.343 (Lei de Drogas) manteve a figura artificial criada pela Lei n. 6.368, revogada, do “laudo de constatação” (art. 50, § 1º), que abrandou a exigência de que a ação penal depende da prova da existência do fato, no caso prova legal, que é o exame de corpo de delito, o que não invalida o princípio de que o processo penal, para que se instaure e se desenvolva de maneira válida, deve conter o exame de corpo de delito, com a ressalva do art. 167. A nulidade, neste caso, é absoluta, porque a garantia da pessoa contra acusações sem fundamento em existência comprovada do fato é de ordem pública.

c. Outra irregularidade cominada com a invalidade é a falta da nomeação do defensor ao réu que não o tenha, estando presente ou ausente. Sobre o tema, remetemos à consulta do item 57 (“Do acusado e seu defensor”) e, adiante, aos comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre nulidades no processo penal.

d. A falta de citação ou intimação é também relacionada como causa de nulidade. A doutrina do processo civil entende que, ausente a citação, o processo é inexistente em face do réu, tanto que pode

ser alegada em embargos do devedor, independentemente de ação rescisória, e até depois do trânsito em julgado. Todavia, no processo penal, não só em virtude da disposição legal, é melhor considerar a hipótese como de nulidade, porque, se o processo for dado como inexistente, poderá ser desconsiderado a favor ou contra o acusado, podendo ser repetido também se houver sentença absolutória. Submetida a hipótese, contudo, ao regime das nulidades, se a sentença foi absolutória e não houve recurso, haverá coisa julgada material absoluta, por inexistência de instrumento processual para a decretação da invalidade; se for condenatória, tem a defesa os instrumentos do *habeas corpus* e da revisão criminal para obter a decretação da nulidade da sentença. Como já se disse, o comparecimento do acusado substitui a falta de citação ou intimação, podendo o juiz suspender o ato se reconhecer que a irregularidade prejudicou o direito de defesa.

O art. 570 usa o termo "sanada". Não há, todavia, sanação, porque o que não existe não se sana. O fenômeno é o da substituição de um ato, no caso a citação, por outro, o comparecimento.

Desde que o comparecimento voluntário substitui a citação, ou seja, a parte pode abrir mão da irregularidade, a nulidade por falta de citação é relativa[141], a não ser que acarrete ou signifique ausência de defesa, caso em que haveria ofensa à ordem pública e, portanto, haveria nulidade absoluta.

e. A falta de pronúncia, do libelo e a entrega da respectiva cópia, com o respectivo rol de testemunhas, provoca a nulidade no

procedimento do júri. Salvo quanto à falta da entrega do libelo, que é nulidade relativa, porque do interesse da parte que dela pode abrir mão, os demais defeitos acarretam nulidade absoluta, porque violam norma de interesse público. Ainda, no procedimento do júri haverá nulidade se faltar a intimação das testemunhas arroladas no libelo ou na contrariedade, sendo a nulidade relativa, porque a norma tutela o interesse das partes. Já as irregularidades concernentes à formação do Conselho de Sentença, como o não comparecimento de pelo menos 15 jurados para o sorteio, ou aos quesitos, como a falta ou deficiência de quesito obrigatório ou contradição nas respostas, induzem nulidade absoluta, porque afetam regras de interesse da administração da justiça. Aliás, as nulidades na formação do órgão julgador, como a falta de *quorum* nos Tribunais, são sempre absolutas.

A falta da acusação ou da defesa na sessão de julgamento no júri também provoca nulidade absoluta, porque atinge o contraditório, indispensável à produção de sentença válida; a sua deficiência acarreta a nulidade relativa.

f. Finalmente, o Código relaciona a falta da sentença e do recurso de ofício nos casos em que a lei o tenha estabelecido. A falta da sentença nulifica o processo e os atos seguintes; mas falta é inexistência, logo, caberá ao juiz proferir a que não foi prolatada independentemente de qualquer instrumento, anulando os atos subsequentes. Os defeitos da sentença enquadram-se na hipótese do inciso IV do art. 564, podendo, dependendo da gravidade da falta, gerar nulidade absoluta, relativa ou anulabilidade, dependendo da exigência violada. No caso de falta do recurso de ofício, a decorrência

é a não consumação do trânsito em julgado, sendo nula a eventual certidão que o declarou indevidamente ou outros atos praticados com fundamento nele.

Como já se comentou, o inciso IV do art. 564 comina de nulidade, também, a falta de formalidade que constitua elemento importante do ato, considerando-a sanada se não for alegada no momento oportuno (art. 572, I). Se o defeito é sanável, a situação é de anulabilidade, como já se disse. Isso pode ser admitido em princípio. Todavia, se o defeito atingir exigência instituída por interesse público, o regime é o da nulidade absoluta, como, por exemplo, se faltar na sentença o relatório ou a fundamentação; se a exigência é instituída de maneira cogente em favor das partes, o regime é o da nulidade relativa, como, por exemplo, defeito na nomeação de curador ao acusado menor.

É indispensável, portanto, sempre investigar o fundamento da norma que instituiu a exigência descumprida, para a correta qualificação do defeito, seguindo-se o regime jurídico decorrente dessa qualificação.

69. SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE NULIDADES NO PROCESSO PENAL

É necessária uma explicação preliminar. Um certo número de Súmulas do Supremo Tribunal Federal ventila questões que, a partir da Constituição de 1988, passaram para a competência do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, continuam elas relevantes, merecendo

exame e comentários por duas razões: porque representam o pensamento assentado não só do Supremo, mas também na maioria dos tribunais, prognosticando-se a sua repetição no Superior Tribunal de Justiça, e porque a maioria delas concerne à garantia constitucional da ampla defesa, que permitirá a subida dos autos em recurso extraordinário, ocasião em que se aplicará a Súmula eventualmente violada. Como se exporá, algumas estão superadas por reforma legislativa, mas continuam a merecer menção em virtude dos princípios que encerram.

Na análise das súmulas analisar-se-á não só a questão referente à natureza da invalidade, mas também far-se-á a explicação da hipótese versada.

Súmula 155: “É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha”.

A súmula em epígrafe fixou dois conceitos: o de que o motivo de nulidade advém da falta da intimação da *expedição* da precatória e não da data em que se realizará a audiência, e o de que a nulidade, no caso, é relativa. Quanto ao primeiro conceito, a súmula aplicou estritamente o art. 222 do Código, o que tem fundamento prático na medida em que é muito difícil e, às vezes, inviável a intimação da data da realização da audiência. Quanto a considerar a nulidade relativa, significa que o juiz pode decretá-la de ofício, mandando corrigir o defeito, mas, se não decretar, somente se anulará o ato se houver prejuízo, qual seja, a relevância da prova em face da verdade e do resultado da ação. Quer dizer, se a testemunha nada sabia, nem

a parte tem condições de apontar algo relevante que poderia ser perguntado, não se decreta a invalidade.

Súmula 15: “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório”.

Como foi comentado no texto do item anterior, a nulidade referente à formação do Conselho de Sentença e dos quesitos é sempre absoluta, porque se relaciona com a integridade do órgão julgador ou com sua manifestação de ciência e vontade. Quanto ao conteúdo do preceito, são quesitos obrigatórios os referentes à materialidade e autoria e à causalidade, incluindo-se as qualificadoras, bem como um quesito que indague sobre a existência de atenuantes. São, também, obrigatórios os quesitos correspondentes às teses efetivamente sustentadas pela defesa.

Súmula 160: “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

A disposição acolheu o princípio de que, se não houve arguição no recurso da acusação, o Tribunal não tem instrumento para a decretação da invalidade, ainda que o defeito pudesse gerar nulidade absoluta. Respeitou-se, também, *grosso modo*, a regra *tantum devolutum quantum appellatum*, confirmando-se o que se expôs nos itens anteriores, ou seja, que qualquer defeito depende da existência de momento e instrumento processual adequado para o seu reconhecimento e a consequente declaração da invalidade.

A ressalva do recurso de ofício tem razão de ser porque é ele recurso em favor da acusação, de efeito devolutivo pleno, de modo

que toda a matéria, inclusive a da regularidade processual, fica devolvida ao conhecimento do tribunal.

Súmula 162: “É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes”.

A Súmula reporta-se à dúbia redação do antigo art. 484 e deverá ser reavaliada em face do atual art. 483 (com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008), mas, em princípio, encontra-se superada em virtude de nova ordem e conteúdo dos quesitos no júri.

Súmula 206: “É nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo”.

A súmula esclareceu a hipótese de impedimento de jurado que tinha funcionado em julgamento anterior anulado por defeito processual. Com a falsa ideia de que ato nulo não produz efeitos, havia corrente jurisprudencial sustentando que a nulidade do julgamento anterior excluía o impedimento do jurado para julgamento posterior do mesmo processo, o que foi afastado pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal. No caso de protesto por novo júri, o Código é expresso quanto ao impedimento que se considera existente em qualquer hipótese de novo julgamento.

Súmula 351: “É nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce a sua jurisdição”.

O fundamento da súmula é o de que, se o réu se encontra preso, à disposição da Justiça, não pode ser dado como em lugar incerto e não sabido. A limitação à mesma unidade da Federação tem sentido

prático, tendo em vista os sistemas carcerários e de identificação criminal que são estaduais, dificultando a informação de Estado para Estado, mas não tem fundamento jurídico, porque a Justiça é manifestação de um poder nacional, manifestação da soberania interna, independentemente do Estado federado em que é exercida, ou de ser administrada pelos Estados ou pela União. A rigor, deveria ser reconhecida a nulidade da citação por edital se o acusado estava preso em qualquer Estado e à disposição de qualquer órgão judicial do País, a despeito de se reconhecer que é ponderável a dificuldade prática da informação sobre a situação carcerária do acusado fora do Estado em que se vê processado.

Súmula 352: “Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo”.

A súmula encontra-se superada porque não há mais nomeação de curador ao réu de 18 a 21 anos tendo em vista a capacidade civil plena aos 18 anos decorrente do Código Civil de 2002.

Súmula 361: “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão”.

A súmula encontra-se superada em virtude da alteração do art. 159 que permitiu a realização da perícia por apenas um perito, se oficial.

Todavia, a súmula se refere ao perito não oficial nomeado pela autoridade, e aí sim pode ocorrer a coincidência da participação na diligência de apreensão e na elaboração do laudo, como por exemplo o mesmo policial apreender a *res furtiva* e, depois, ser nomeado para

fazer a avaliação. Com esse entendimento, o Supremo visou impedir que os mais importantes atos do inquérito fiquem sob a responsabilidade de uma só pessoa, tendo os tribunais aplicado esse princípio em outras hipóteses, como, por exemplo, não admitindo que a autoridade que preside o inquérito exerça, ela mesma, a função de escrivão. A parte final da súmula, portanto, ainda vale, como um princípio de que não se pode concentrar as funções do inquérito em uma só pessoa. A Lei n. 11.343/2006, contudo, no art. 50, § 2º, admite que o perito que tenha elaborado o laudo de constatação participe do laudo definitivo, entendendo-se, porém, que deva ser perito oficial.

Súmula 366: "Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia".

No caso, o Supremo Tribunal Federal considerou a falta da transcrição da denúncia ou queixa como mera irregularidade, ficando a exigência substituída pela indicação do dispositivo da lei penal em que se acha incurso o acusado. Embora não desejável a omissão, a sua ocorrência não prejudica a validade do ato.

Súmula 431: "É nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação ou publicação da pauta, salvo em *habeas corpus*".

A Súmula preserva o direito de defesa e a oportunidade de ser feita sustentação oral perante o tribunal, por ocasião do julgamento. A nulidade, porém, é relativa, porque a parte pode abrir mão da formalidade. A ressalva do *habeas corpus* justifica-se porque, nesse

procedimento, o julgamento independe de pauta, devendo ser julgado na primeira sessão assim que examinado pelo relator.

Súmula 453: "Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa".

O art. 384 será adiante comentado com pormenores, no capítulo sobre a sentença. Prevê ele a *mutatio libelli*, que é a alteração da imputação mediante a inclusão de circunstância não contida nem explícita nem implicitamente na denúncia ou queixa. O preceito sumulado esclarece que, se essa alteração não for feita em primeiro grau, antes da sentença, não poderá ser feita em segunda instância, porque haveria a supressão de um grau de jurisdição, ou seja, o fato novo não seria julgado pelas duas instâncias. Ainda que modificado o art. 384 em 2008, permanece o princípio de que somente pode ser aplicado, inclusive por iniciativa do Ministério Público, em primeiro grau.

Súmula 523: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

A súmula consigna lapidar fórmula sobre a defesa no processo penal. Ao consignar que a falta, no sentido de ausência total, constitui nulidade absoluta, esclarece que essa situação viola o interesse público. A existência de defesa, pois, é de interesse público. Se, todavia, defesa houve, ainda que deficiente, caberá ao juiz ou ao

tribunal a verificação da ocorrência, ou não, de prejuízo, porque é ela nulidade relativa. O juiz deve velar sempre pela defesa técnica, como se discorreu anteriormente, mas, se houver alguma falha, somente decretará a invalidade se se constatar prejuízo para o réu.

Súmula 564: “A ausência de fundamentação do despacho de recebimento de denúncia por crime falimentar enseja nulidade processual, salvo se já houver sentença condenatória”.

A súmula encontra-se superada em virtude da alteração da Lei de Falências, mas vale como princípio, visto que o Supremo reconheceu, no caso, mais uma hipótese de substituição. A finalidade da exigência de fundamentação do despacho que recebia a denúncia em crime falimentar era a de assegurar a existência de justa causa para a ação penal, ou seja, que existiam nos autos elementos probatórios suficientes para a ação penal. Sendo norma cogente, a violação ensejaria nulidade, mas a exigência fica superada ou substituída se adveio sentença condenatória, porque, se há fundamento para a condenação, com certeza havia para a ação penal.

As súmulas do Superior Tribunal de Justiça estão comentadas no correr no texto dos respectivos temas.

CAPÍTULO XIII

DA SENTENÇA

70. CONCEITO, ELEMENTOS

No sentido substancial, sentença é o ato do juiz que resolve a lide, aplicando a lei ao caso concreto. É, portanto, a decisão de mérito. Ela se denomina sentença *definitiva*.

É comum confundir “sentença definitiva” com “sentença transitada em julgado”. No sentido técnico, que é o do Código, “sentença definitiva” é a que define ou resolve o mérito. Na outra hipótese, utiliza o diploma, corretamente, a expressão “sentença transitada em julgado”.

É nesse sentido que o Código predominantemente utiliza o termo “sentença”. No Código de Processo Civil de 1973, o termo “sentença” tem sentido diferente e cada ramo do direito processual pode adotar conceito próprio para fins recursais e outros. O Código de Processo Penal, contudo, nem sempre utiliza o termo em sentido unívoco,

mas, de maneira geral, adota o sentido substancial de sentença como a decisão de mérito, conforme se discorrerá neste capítulo.

Sob o aspecto formal, sentença é o ato final do juízo monocrático de primeiro grau, denominando-se acórdão a decisão colegiada dos tribunais. Todavia, em sentido amplo, *sentença* abrange os acórdãos, como, por exemplo, na expressão “sentença transitada em julgado”.

Além da sentença, que é a decisão definitiva, o juiz profere despachos de expediente, no prazo de 1 dia; decisões interlocutórias simples, no prazo de 5 dias; e decisões interlocutórias mistas, no prazo de 10 dias, como a sentença.

Despacho de expediente é o ato de encaminhamento procedimental, de conteúdo decisório mínimo, como, por exemplo, a designação de data para audiência ou a determinação de juntada de documentos. Decisão interlocutória simples é o ato que resolve questões controvertidas no curso do processo sem extingui-lo. Decisão interlocutória mista é o ato que extingue o processo sem julgar o mérito.

No sistema do Código, a decisão que decreta a extinção da punibilidade seria interlocutória mista, pois não está referida no Capítulo da sentença, isto porque não decide sobre o mérito principal. Todavia, tem ela força de sentença, uma vez que faz coisa julgada material.

O art. 593, II, do Código refere, ainda, decisões “com força de definitivas”. São aquelas que resolvem incidentes de maneira final, sem possibilidade de reexame no mesmo grau, como, por exemplo,

a que decreta o cancelamento do sequestro penal, que será mais amplamente exposto ao se tratar dos recursos.

Aliás, a classificação dos atos do juiz, conforme faz o Código, e outros Códigos de Processo, tem razão de ser em virtude do sistema recursal, o que, todavia, nem sempre é utilizado com rigor técnico.

A sentença tem requisitos formais intrínsecos e extrínsecos. Os requisitos intrínsecos são o relatório, a fundamentação e o dispositivo ou conclusão. Os extrínsecos são a data e a assinatura, que a autenticam, e as rubricas nas folhas, se for datilografada.

O relatório é o resumo das ocorrências do processo, desde a identificação das partes, exposição sucinta da acusação e da defesa, até à prova colhida e eventuais incidentes resolvidos.

A fundamentação é a indicação dos motivos, de fato e de direito, que conduzem à conclusão.

O dispositivo é a parte em que o juiz, coerente com a fundamentação, aplica a lei ao caso concreto e condena ou absolve o acusado, apontando os dispositivos legais que incidem na hipótese. Mais adiante se discorrerá sobre aspectos especiais da sentença absolutória e da sentença condenatória.

Proferida a sentença de mérito, o juiz encerra a atividade jurisdicional sobre a imputação.

É comum exagerar a ideia de que o juiz, com a sentença de mérito, encerra a função jurisdicional. É preciso entender que ele a esgota quanto à decisão do pedido, não podendo modificá-la fora das exceções legais, mas continua ele com funções

jurisdicionais no processo, como, por exemplo, a de disciplinar a preparação da subida do recurso ao tribunal, ou a de determinar providências para cumprimento da sentença se ela tiver eficácia imediata.

Não poderá modificá-la, salvo para retificar erros materiais, ou, mediante requerimento da parte em 48 horas, para esclarecer obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão (art. 382). O Código não denomina expressamente, mas nesse dispositivo encontra-se a figura dos embargos de declaração, que o Código refere como recurso apenas em segundo grau, contra acórdão (art. 619).

O juiz pode, ainda, modificar a sentença se contra ela cabe recurso no sentido estrito, como acontece no caso da sentença em *habeas corpus*, porque esse recurso prevê juízo de retratação, a ser examinado no capítulo próprio. A decisão em *habeas corpus* é sentença porque resolve o pedido contido nessa ação especial e contra ela cabe recurso no sentido estrito nos termos do art. 581.

71. EMENDATIO E MUTATIO LIBELLI

Os arts. 383 e 384 do Código disciplinam o que a doutrina denomina *emendatio* e *mutatio libelli*, respectivamente.

Dispõe o art. 383, com redação da Lei n. 11.719/2008:

“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos”.

A *emendatio libelli* é a correção da classificação do delito sobre o mesmo fato constante da denúncia ou queixa. Desde o início da persecução penal, o fato, em tese punível, recebe determinada classificação ou enquadramento legal. Essa classificação feita, por exemplo, no flagrante, onde é importante, entre outras consequências, para definir a afiançabilidade, ou não, da infração, pode sofrer modificação por ocasião da denúncia, outra na sentença e outra na decisão em segundo grau.

Pode-se dizer que a única classificação definitiva é que se estabilizou com o trânsito em julgado da sentença; as demais são provisórias e podem ser modificadas na decisão seguinte. Desde que os fatos sobre os quais incide sejam sempre os mesmos, a alteração da classificação independe de qualquer providência ou procedimento prévio, inexistindo nisso qualquer cerceamento de defesa ou surpresa, porque o acusado defende-se de fatos e não da classificação legal, ainda que o juiz deva aplicar pena mais elevada em virtude da nova classificação. Assim, por exemplo, se a denúncia descreve um fato e o classifica como estelionato (pena de 1 a 5 anos de reclusão), e o fato permanece inalterado, o juiz pode, independentemente de ouvir a defesa, classificá-lo como furto qualificado por fraude, cuja pena é de 2 a 8 anos de reclusão. A

mesma operação pode ocorrer em segundo grau, observando-se, porém, que, se o juiz aplicou a pena de 1 ano, em virtude da classificação como estelionato, somente se houve recurso da acusação é que o tribunal pode aumentar a pena, em virtude da proibição da *reformatio in pejus* e do *tantum devolutum quantum appellatum*. Nesse caso, não tendo havido recurso da acusação, o tribunal corrige a classificação, mas não pode aumentar a pena.

Fenômeno que é regido pelas mesmas regras é o da *desclassificação*. A desclassificação é o reconhecimento da existência de um crime menos grave cujos elementos fáticos estão *integralmente* contidos na descrição da denúncia ou queixa, como, por exemplo, de roubo para furto, de homicídio para lesão corporal.

A desclassificação no procedimento do júri adota procedimento próprio que adiante será estudado, mas no plano penal a figura é a mesma, ou seja, uma infração menos grave está inteiramente contida numa mais grave que foi objeto da acusação.

Se, porém, a infração menos grave tiver um elemento sequer não contido na mais grave, ou seja, se não se subsume inteiramente àquele, não pode haver desclassificação sem que se proceda nos termos do art. 384, como adiante se verá, porque, não estando o fato imputado na denúncia ou queixa, o juiz não pode reconhecer sua existência sem antes dar oportunidade ao acusado de defender-se em face dele. Não se pode, pois, fazer desclassificação simples de lesão corporal para maus-tratos, porque o crime menos grave, em

seus elementos típicos, não está integralmente contido no mais grave. Nesses casos deve-se, previamente, adotar o procedimento do art. 384, *caput*.

Seria possível a desclassificação do crime doloso para o culposo, como por exemplo na lesão corporal, homicídio ou receptação?

Depende da descrição da denúncia. Se nesta houver elementos fáticos que poderiam também significar conduta culposa, a desclassificação é possível; caso contrário, não, submetendo-se ao procedimento do art. 384. É possível, também, a desclassificação simples se a defesa a pleiteou expressamente, assumindo o conhecimento do fato caracterizador da culpa.

Por sua vez, o art. 384 prevê o procedimento para que se admita a *mutatio libelli*, ou seja, a mudança da imputação.

Se, no correr da instrução, surgir fato não contido nem explícita nem implicitamente na denúncia ou queixa, o juiz não pode, por ocasião da sentença, admiti-lo como existente alterando o que foi inicialmente proposto, sem que se dê oportunidade de defesa. Isso porque o acusado se defende dos *factos* imputados e deve ter a possibilidade efetiva de contrariá-los.

Fato contido implicitamente na denúncia ou queixa significa a circunstância de fato que, apesar de não referida verbalmente na peça inicial, é compreendida nos conceitos nela expressos. Assim, por exemplo, se a denúncia imputa matar, implicitamente está imputando causar lesão corporal; ou, se descreve subtrair para si coisa alheia, está implicitamente também afirmando causar prejuízo a outrem, e assim por diante. Nesses casos, não há necessidade de

se adotar o procedimento do art. 384, porque o acusado, ao se defender do que está explícito, também se defende do que está implícito.

Diferente é a hipótese, contudo, se o fato não estava nem explícito nem implícito na denúncia ou queixa, ou seja, quando uma circunstância elementar de um crime diferente surge na instrução criminal sem que tenha sido apontada ou subentendida na denúncia ou queixa.

Dispõe o art. 384:

“Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá”.

A redação do dispositivo foi dada pela Lei n. 11.709/2008 e eliminou o procedimento acusatório do juiz já que a redação substituída atribuía a iniciativa da definição do crime diferente ao juiz, quando tal atribuição era do Ministério Público, faltando, porém, a necessária correção legal. O texto vigente, como se vê, explicitou também que, se o Ministério Público não aditar a denúncia e o juiz vislumbrar essa possibilidade, aplica-se o procedimento do art. 28, ou seja, o juiz encaminha a questão ao Procurador-Geral, porque nesse caso a inércia do órgão acusador equivale a um pedido de arquivamento.

Se não se proceder nos termos do art. 384 e o juiz proferir sentença, esta jamais poderá reconhecer o crime diferente que a circunstância de fato nova caracteriza. Se essa circunstância aponta para crime menos grave, a sentença só poderá ser absolutória, porque o mais grave não poderá ser reconhecido, já que os dados fáticos da realidade não correspondem ao que estava contido na imputação, e o menos grave também não, pois não houve imputação quanto a ele. Se a circunstância nova não contida na denúncia indica infração mais grave, evidentemente não poderá ser reconhecida sem o procedimento do art. 384, § 1º, e a sentença deverá limitar-se a reconhecer a procedência ou improcedência do estritamente contido na inicial. Assim, por exemplo, se a denúncia

foi por furto e, no correr da instrução, se verifica que ocorreu a violência, não havendo o aditamento da denúncia, somente poderá ser reconhecido o furto.

A fase do art. 384 é a *última* oportunidade para se fazer a adequação da imputação à realidade fática, por duas razões: *a)* porque o procedimento não pode ser adotado em segundo grau de jurisdição, conforme se expôs ao se comentar a Súmula 453 do Supremo Tribunal no capítulo sobre as nulidades, porque haveria supressão de um grau de jurisdição quanto a uma elementar; e *b)* porque a absolvição sobre o fato fará coisa julgada material sobre o fato por completo, ainda que não julgado por inteiro.

O Código de Processo Civil não tem dispositivo análogo ao comentado art. 384. Ao contrário, tem a proibição de alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneador, nos termos do seu art. 264. Isso porque, se o fato for diferente do colocado na inicial, outra ação será possível, porque a segunda não será idêntica à anterior, uma vez que outra será a causa de pedir.

As hipóteses do art. 384, diferentemente do que ocorria na redação anterior, somente podem ocorrer em infrações de ação penal de iniciativa pública porque a queixa nele referida é a da ação penal privada subsidiária da pública. Não é correto, como já se afirmou, que tenha havido omissão involuntária da lei quanto aos crimes de ação penal exclusivamente privada e que, por analogia, a eles estender-se-ia o dispositivo. A exclusão da possibilidade de

aplicação do art. 384 aos crimes de ação exclusivamente privada foi proposital e está absolutamente correta.

Nos crimes de ação penal privada prevalecem a disponibilidade e a oportunidade, de modo que, se o ofendido não toma a iniciativa de trazer desde logo na queixa todo o fato ao exame do Judiciário, não poderá fazê-lo posteriormente porque então ocorreu a renúncia ou a decadência. Assim, se surgir, no correr da instrução de crime de ação exclusivamente privada, circunstância de fato que leve à existência de crime também de iniciativa exclusivamente privada mais grave, o querelante que tome a iniciativa de aditar a queixa, mas certamente terá o óbice da renúncia, da decadência e, eventualmente, perempção.

A lei resolveu expressamente o que a doutrina sustentava quanto à inércia do Ministério Público, ou seja, a aplicação do art. 28. Mas, e se o juiz, no caso de aditamento, rejeitá-lo?

O Ministério Público recorrerá no sentido estrito, com fundamento no art. 581, I, do Código, porque a rejeição do aditamento equivale à rejeição ou não recebimento da denúncia. Se o juiz, com a rejeição do aditamento, proferir sentença, tendo havido recurso, este impede a preclusão, de modo que, se for provido pelo tribunal, a sentença será nula, por não ter apreciado parte pertinente da imputação, como reconhecido pelo Tribunal no caso de provimento do recurso do Ministério Público. O aditamento pode ser formulado até o momento anterior à prolação da sentença e poderá ser oral, na audiência, caso em que será reduzido a termo.

Como se vê, os arts. 383 e 384 disciplinam a correlação imputação-sentença, o mesmo acontecendo com o art. 385.

Este último admite que, nos crimes de ação penal pública, o juiz possa proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

O dispositivo contém dois preceitos.

O primeiro assegura a indisponibilidade da ação penal pública. Se o parecer do Ministério Público propondo a absolvição fosse vinculante, estaria ele dispondo sobre a ação penal pública. Ainda que de rara aplicação, o art. 385 preserva o interesse público da persecução penal e atuação da lei penal nos crimes de ação penal pública.

O mesmo princípio da indisponibilidade da ação penal pública, que é, na verdade, a indisponibilidade do interesse público, permite que o Ministério Público, por outro membro ou pelo mesmo, recorra da absolvição que atendeu seu próprio parecer. A manifestação de um, meramente opinativa, não vincula a manifestação de outro, ou dele mesmo, reapreciando o que é melhor para o interesse público.

O segundo preceito admite como implícito o pedido de acentuação da pena por agravantes. A denúncia, quando pede a condenação nas penas do crime imputado, implicitamente propõe a fixação da pena entre o mínimo e o máximo, limites dentro dos quais atuam as agravantes legais ou judiciais.

A regra do art. 385, contudo, somente se aplica às agravantes propriamente ditas ou agravantes em sentido estrito. As circunstân-

cias de especial aumento de pena e as qualificadoras, para serem reconhecidas, dependem de expressa imputação na denúncia, sob pena de cerceamento de defesa, como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal. O Código não utiliza a expressão “circunstâncias agravantes” sempre em sentido estrito, usando-a, às vezes alcançando as circunstâncias de especial aumento de pena e, mesmo, as qualificadoras. No art. 385, porém, é assim que deve ser interpretada, de modo que, se aparecer circunstância de especial aumento de pena ou qualificadora não constante da denúncia, o juiz somente poderá reconhecer qualquer delas se houver aditamento.

72. FUNDAMENTOS E EFEITOS DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

72.1. Fundamentos e efeitos civis

Na sentença absolutória, deverá o juiz expor as razões da improcedência da imputação, apontando um dos incisos do art. 386 em que se enquadra a hipótese. Essa indicação é importante para se definir a repercussão civil da sentença.

Serão examinadas as hipóteses e a respectiva repercussão civil.

I – *Estar provada a inexistência do fato.*

O juiz concluirá desta maneira quando categoricamente estiver convencido de que o fato, em sua existência no mundo da experiência, não ocorreu. Nessa hipótese, a absolvição criminal faz coisa julgada na área cível e exclui a possibilidade de indenização (art. 66), porque não há fato a indenizar.

“Fazer coisa julgada” não é o mesmo que “tornar não indenizável”. “Fazer coisa julgada” significa “tornar indiscutível”, mas, ainda que indiscutível a conclusão, pode a situação ensejar indenização, dependendo do tratamento dado à hipótese pela lei civil. Como adiante se verá, há casos de sentença penal absolutória que fazem coisa julgada no cível, mas deixam aberta a possibilidade de indenização.

II – *Não haver prova da existência do fato.*

Havendo dúvida quanto à existência do fato, a absolvição não impedirá a ação civil de ressarcimento, em que poderão ser feitas outras provas e a cognição do juiz é diferente. A dúvida que impede a condenação penal pode não impedir a indenização civil, tendo em vista o diferente grau de cognição e convencimento numa e noutra esfera.

III – *Não constituir o fato infração penal.*

Ocorrerá a absolvição, nesse caso, se o juiz reconhece que o fato é atípico, que não há ilícito penal. A indenização civil, contudo, permanece possível, porque o que não é ilícito penal pode bem ser ilícito civil. É o que ocorre comumente em processos por estelionato quando o juiz reconhece que a fraude não é penal, mas pode ser civil.

IV – *Estar provado que o réu não concorreu para a infração penal.*

A hipótese, que foi acrescentada pela Lei n. 11.690/2008, equivale ao inciso I, de modo que faz coisa julgada no cível e exclui

indenização pelo fundamento da autoria, porque a sentença penal conclui pela inexistência do fato em face de alguém. Acontece, porém, que há casos de responsabilidade civil por ato ou fato de terceiro, de modo que, mesmo excluído cabalmente da participação no crime, pode, ainda, haver responsabilidade civil, mas por esse outro fundamento, se for o caso.

V – *Não existir prova de que tenha o réu concorrido para a infração.*

A dúvida quanto à autoria ou participação também leva à absolvição, mas não exclui a reparação civil se na ação de conhecimento civil o juiz se convencer do contrário, segundo as mesmas observações feitas no inciso II.

VI – *existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.*

Se a circunstância é subjetiva, fica sempre aberta a possibilidade de ação civil de ressarcimento, porque a culpa penal é diferente da civil e, também, existem casos de responsabilidade civil independentemente de culpa, a chamada responsabilidade objetiva.

A hipótese abrange não só as dirimentes propriamente ditas, o erro, a coação moral e a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, mas também as discriminantes putativas e a inimputabilidade. Ou seja, fica sempre aberta a possibilidade de questionamento da responsabilidade na área cível

segundo suas regras e princípios, inclusive de terceiros, se for o caso.

A coação física exclui a causalidade; logo a hipótese se enquadra no inciso I se cabalmente provada, como no caso do vigia que, por omissão, deixa ocorrer desastre ferroviário, mas estava ele imobilizado fisicamente por ato de terceiro.

No caso de inimputabilidade, a sentença denomina-se absolvição imprópria, porque ela reconhece a existência do fato e da autoria, mas a conclusão é a absolvição pela inimputabilidade penal. Nesta sentença absolutória, o juiz aplicará a medida de segurança prevista no art. 97 do Código Penal.

Reconhecida, porém, discriminante real, a situação é diferente, dependendo de sua natureza.

Se se trata de *legítima defesa*, o seu reconhecimento exclui a possibilidade de indenização, porque o ofendido foi o provocador injusto da própria lesão, como dispõe o art. 930 e seu parágrafo único do Código Civil. Se, porém, pelo ato de defesa legítima, foi atingido terceiro, este tem direito de indenização em face do provocador.

Essas regras aplicam-se, inclusive, na hipótese de absolvição pelo júri. No julgamento do júri, em virtude da inexistência de fundamentação, a negativa do quesito da materialidade e da autoria não permite saber se a absolvição ocorreu por falta de provas ou por negativa categórica, de modo que é possível questionar tal situação

na área cível para fins de indenização. Igualmente se os jurados respondem *sim* à materialidade e à autoria, mas também *sim* ao quesito da absolvição porque também nesse caso não há fundamentação quanto à razão da improcedência da imputação.

Ainda, o reconhecimento da legítima defesa do preposto exclui, também, a responsabilidade do preponente, a não ser que a responsabilidade deste tenha fundamento autônomo, que não seja o fato que se reconheceu como praticado em legítima defesa real.

Se se trata de absolvição por reconhecimento do *estado de necessidade*, a despeito de o fato ser criminalmente justificado, cabe a reparação do dano. Pode causar estranheza a circunstância de que um fato reconhecido como sem antijuridicidade possa ensejar indenização. Isso, porém, tem razão de ser. No estado de necessidade, alguém sacrifica direito alheio para salvar um direito seu em situação de perigo, não havendo nada mais justo do que o dever de indenizar aquele que, sem ter provocado o perigo, teve um bem seu sacrificado. O agente em estado de necessidade, com sua conduta, preservou um bem jurídico seu em detrimento do de outrem, devendo, pois, reparar o dano que causou, uma vez que a indenização civil tem função reparatória e não punitiva. O fundamento da reparação civil do dano causado em estado de necessidade está no art. 929 do Código Civil.

Se a excludente reconhecida é o *exercício regular de direito*, esse reconhecimento elimina a possibilidade de indenização, não só pela disposição expressa do art. 188, I, segunda parte, do Código Civil,

mas também porque o *direito*, cujo exercício regular se reconheceu, é um direito da área cível, que não pode mais ser questionado.

Finalmente, se o fato foi praticado no estrito cumprimento do dever legal, o agente está isento do crime e da eventual indenização, mas o Estado não está, em virtude da responsabilidade pela teoria do risco administrativo consagrado no art. 37, § 6º, da Constituição da República. Mesmo em caso de atos lícitos, o sacrifício de um bem jurídico de alguém, fundado no interesse coletivo, impõe a reparação desse bem jurídico individual pela coletividade representada pelo Estado. Como exemplo, pode ser citada a hipótese do agente do corpo de bombeiros que, no estrito cumprimento do dever legal, destrói bens de alguém, que não estavam em perigo, para alcançar imóvel vizinho onde se desenvolve incêndio. Aquele que teve os bens destruídos tem direito ao ressarcimento em face do Estado, e este, se for o caso, direito de regresso contra o causador do sinistro.

Finalmente, cabe consignar que, sobrevindo o trânsito em julgado de sentença penal absolutória que reconheça discriminante que exclua a indenização ou o inciso I do art. 386, no caso de haver ação civil de conhecimento para a reparação do dano, esta será extinta sem julgamento do mérito pela ocorrência da coisa julgada. Se a ação civil já transitou em julgado, a sentença penal naquelas condições é motivo para obstar a execução ou extingui-la, pela ocorrência de fato novo oponível ao título anterior, qual seja, a não indenizabilidade da situação reconhecida como decorrência da sentença penal absolutória transitada em julgado. Se já houve o

pagamento da indenização, a sentença penal pode servir de fundamento para a repetição do indébito.

VII – *Não existir prova suficiente para a condenação.*

Esta é a hipótese mais comum de absolvição por falta de provas, que deixa totalmente aberta a possibilidade de exame da responsabilidade civil, uma vez que a convicção penal depende de circunstâncias de prova mais intensas que a convicção civil.

Já se cogitou que a redação deste inciso violaria a presunção de inocência instituída como regra pela Constituição de 1988. De fato, da forma como está redigido, o dispositivo pode dar a entender que, do ponto de vista do juiz, o acusado seria presumivelmente culpado e somente não é condenado porque as provas são insuficientes. Ainda que se deva repelir essa impositação, a questão é de aperfeiçoamento redacional, porque, sem provas, não é possível condenação, podendo o juiz continuar a fundamentar sua decisão no inciso comentado.

72.2. Efeitos penais

Dispõe o parágrafo único do art. 386:

“Na sentença absolutória o juiz:

I – mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

III – aplicará a medida de segurança, se cabível”.

No caso de absolvição, qualquer que seja o fundamento, se o réu estiver preso, será imediatamente colocado em liberdade.

O inciso I do parágrafo único do art. 386 faz a ressalva "se for o caso". Essa ressalva era compatível com o Código em sua versão original, que previa hipóteses de efeito suspensivo da apelação da acusação, como no caso do júri se a absolvição não era unânime. Todavia, essas hipóteses não existem mais, de modo que, absolvido, o acusado será sempre colocado em liberdade.

Apesar de o dispositivo ter sido alterado em 2008 pela Lei n. 11.690, ainda em seu inciso I mantém impropriedade que poderia ter sido corrigida. O inciso I do parágrafo único do art. 386 faz a ressalva "se for o caso". Essa ressalva era compatível com o Código em sua versão original, que previa hipóteses de efeito suspensivo da apelação da acusação, como no caso do júri se a absolvição não era unânime. Todavia, essas hipóteses não existem mais, de modo que, absolvido, o acusado será sempre colocado em liberdade. É certo que o juiz sempre ressalva: "se por aí não estiver preso". Isso, todavia, refere-se a eventual outro decreto de prisão decorrente de outro processo, porque, uma vez absolvido em determinada ação, nesta não se pode manter qualquer efeito prisional.

O inciso II, acrescentado pela lei modificadora acima indicada, aplica-se às medidas cautelares, que, evidentemente adotadas tendo em vista possibilidade de condenação, tornam-se incompatíveis com a cognição profunda e exauriente da sentença absolutória de mérito. No estágio atual do Código, as medidas cautelares referidas no

inciso são as medidas assecuratórias da reparação civil e do perdimento, mas, no futuro, poderão abranger outras medidas cautelares que vierem a ser criadas por lei, como se está prognosticando no momento da redação desta página. O princípio, porém, é o mesmo, qual seja: a cognição definitiva absolutória é incompatível com restrições pessoais ou patrimoniais adotadas em cognição provisória que teve por fundamento o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* não mais presentes em virtude da absolvição.

O inciso III refere-se ao caso da chamada *absolvição imprópria*, que se dá quando o juiz reconhece a existência do crime e sua autoria mas absolve o réu em virtude de sua inimputabilidade. Em sua essência, a sentença é de procedência da ação, porque aplica uma sanção penal, a medida de segurança, mas no plano formal criminal a conclusão é pela absolvição.

73. FUNDAMENTOS E CONTEÚDO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

O art. 387 enumera requisitos de conteúdo que a sentença condenatória deve respeitar. Alguns deles, tendo em vista a nova Parte Geral do Código Penal, em vigor a partir de 1985, ficaram superados ou caducos. Apesar de alterado pela Lei n. 11.719/2008, deixou-se de corrigir e compatibilizar o necessário. Em contrapartida, a nova Parte Geral do Código Penal trouxe exigências que a sentença condenatória deverá conter, não previstas no art. 387, mas que adiante serão apontadas em conjunto com as antigas que permanecem.

A sentença condenatória, então, com o expurgo das referências ainda no texto legal mas superadas:

I – mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes referidas no Código Penal e as judiciais e tudo o mais que influir, quer na pena-base, quer nos aumentos. Só dispensa fundamentação a imposição da pena mínima, o que não é recomendável, mas prevalece;

A pena é fixada de acordo com o critério trifásico previsto no art. 68 do CP. Lembre-se que agravantes são as circunstâncias, legais e judiciais, que acentuam a pena dentro dos limites mínimo e máximo cominados na infração, os quais não podem ser ultrapassados; as circunstâncias de especial aumento de pena são as que aumentam a pena em percentuais ou frações fixas, como por exemplo de um sexto a um terço etc.; as qualificadoras são circunstâncias que caracterizam um tipo especial, com limites penais próprios, como o homicídio qualificado ou o furto qualificado, cujas penas, no mínimo e no máximo, são diferentes do tipo fundamental ou simples.

II – aplicará as penas de acordo com essas considerações, justificando, passo a passo, as opções e operações que fizer, tanto na pena privativa de liberdade quanto na de multa, se houver;

III – definirá, fundamentadamente, o primeiro regime de cumprimento da pena privativa da liberdade, segundo os critérios do Código Penal, e se é feita, ou não, a conversão desta em multa, bem como se se concede, ou não, o perdão judicial nos casos em que a lei o admite.

O Supremo Tribunal Federal entendia que a sentença que concedia o perdão judicial era condenatória. O Superior Tribunal de Justiça, porém, que passou a ser competente para o exame da questão, fixou o entendimento de que, concedido o perdão judicial, não se produz nenhum efeito penal[142].

No caso de conversão da pena privativa da liberdade em multa, essa providência não excluirá a imposição da multa cominada ao crime, de modo que serão duas as multas impostas, tendo elas fundamento diverso e diverso sistema de regressão. Entre as providências relativas à multa, deverá ser fixado o dia-multa, fundamentado de acordo com o art. 49 do Código Penal;

Em sentido contrário à substituição da pena de prisão por multa em lei especial, quando a pena privativa de liberdade estiver prevista cumulativamente com a pena de multa, v. Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”.

IV – no caso de semi-imputabilidade, deverá decidir se haverá redução da pena e conversão desta em medida de segurança. Há polêmica a respeito das operações a serem feitas no caso de semi-imputabilidade: se o juiz deve aplicar a pena e decidir se a reduz ou se a converte, ou se o juiz deve aplicar a pena, reduzi-la e, depois, convertê-la, se for o caso. O entendimento dominante, inclusive o que está sendo utilizado na prática do Estado de São Paulo, é o da dupla operação: tem sido feita a redução da pena e, também, a conversão, porque os arts. 26, parágrafo único, e 98 do Código Penal não se excluem. Temos, contudo, opinião contrária, porque, se o acusado precisa de tratamento, não se deveria indagar a respeito de redução de pena, que é benefício para aquele semi-imputável que merece pena e que efetivamente irá cumpri-la. A questão tem relevância em virtude da chamada prescrição retroativa, cujo prazo pode ser alterado com a redução que antecede a conversão, porque é a quantidade da pena em concreto que dará a base de cálculo para a prescrição da ação penal;

V – decidirá sobre a concessão, ou não, da suspensão condicional da pena nos casos em que a lei a admite. Tendo em vista que hoje a suspensão condicional da pena é pena ou modo de cumprimento de pena, não pode o juiz deixar para apreciar a sua concessão, ou não, no momento da prisão, como se fazia antigamente. A decisão da concessão, ou não, do benefício é parte indissociável da sentença que será nula se não a contiver, não se admitindo, também, concessão hipotética ou condicional. Se o juiz, no momento da sentença, não tiver condições de apreciar o cabimento da suspensão

condicional da pena, deverá, antes de proferi-la, colher os elementos necessários para a adequada apreciação, porque não poderá fazê-lo posteriormente;

VI – deverá decidir, fundamentadamente, se o acusado poderá apelar em liberdade, conforme se expôs no capítulo sobre a liberdade provisória, mantendo ou não a prisão anterior;

VII – deverá determinar, se for o caso, a expedição de mandado de prisão ou recomendar o réu na prisão em que se encontra, porque muda o título de sua prisão, se for o caso de prisão preventiva;

VIII – deverá arbitrar fiança se o crime for afiançável e se é sob ela que deve permanecer o acusado em liberdade;

IX – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Este componente, em princípio, só raramente será aplicado, por diversas razões. Grande número de infrações penais não tem ofendido ou prejudicado determinado; mesmo que exista, nos autos não se discute, em contraditório, o valor da reparação civil, não detendo o juiz elementos para fixá-la; pode haver infração, como, por exemplo, as do sistema financeiro, em que o número de vítimas é grande e em que as situações de dano são variadas, o que inviabiliza qualquer estimativa no âmbito do processo penal etc. É possível admitir que, mediante pedido expresso do ofendido que se habilite como assistente, o juiz, após contraditório em que o réu deve ter o devido processo legal quanto à indenização, possa fixar uma indenização, mas que, então, não será a mínima, mas a definitiva, com força de

coisa julgada. Essa prática, porém, será terrivelmente danosa e perturbadora para o processo penal, porque a discussão derivar-se-á para a indenização civil, desviando o curso e objeto do processo penal. Imagine-se que 5 vítimas, por exemplo, se habilitem como assistente e passem a discutir questões civis. O processo penal será fatalmente perturbado, o que o juiz penal não pode permitir, devendo, então, remeter as partes para o juízo cível competente. Melhor será sempre adotar essa prática, ou seja, o juiz penal entender inviável a apuração de qualquer valor que seja de indenização e deixar que a parte procure a reparação diretamente no cível.

O art. 393, entre os efeitos processuais da sentença condenatória recorrível, previa o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Esse efeito, porém, em nossa opinião, é incompatível com a presunção de inocência consagrada na Constituição, de modo que entendemos não mais existir, encontrando-se o dispositivo tacitamente revogado, o que aconteceu expressamente pela Lei n. 12.403/2011.

74. DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA

A sentença é ato jurisdicional pronto e acabado quando o juiz a publica em mão do escrivão (art. 389) ou quando é assinado o termo de audiência em que foi proferida. A publicação em mão do escrivão é a entrega formal ao serventuário que torna a sentença pública, devendo, em seguida, haver a intimação das partes, o que, todavia, não mais interfere em sua integridade. A intimação é ato

posterior, para conhecimento das partes, mas a sentença já é ato perfeito e acabado a partir do momento da entrega, devendo o escrivão lavrar termo de registro em livro próprio. É nessa data que fica interrompida a prescrição, independentemente da data da futura intimação.

A intimação, que é ato de comunicação processual, tem por finalidade dar ciência às partes do teor da sentença, para que possam, se quiserem, recorrer, e para que possa, inexistindo recurso ou esgotado este, ocorrer a coisa julgada.

Os arts. 390 a 392 disciplinam a intimação da sentença, instituindo regras que devem ser observadas estritamente a fim de que ocorra o efeito acima apontado. Essas regras devem ser cumpridas independentemente da situação de presença ou revelia do réu anteriormente no processo, devendo, cada situação prevista, ser verificada no momento da intimação da própria sentença.

O primeiro a ser intimado da sentença deve ser o Ministério Público, no prazo de 3 dias, e como nas suas demais intimações deve ela ser feita pessoalmente, *com os autos*, neles apondo seu "ciente".

O querelante ou o assistente será intimado da sentença, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado. Se nenhum deles for encontrado no lugar da sede do juízo, a intimação será feita mediante edital com o prazo de 10 dias, afixado no lugar de costume (art. 391).

A intimação da sentença condenatória ao réu obedece às regras do art. 392, que prevê situações específicas com procedimentos

específicos e que não podem ser substituídos, sob pena de a sentença não transitar em julgado.

As situações são as seguintes:

1. Se o réu estiver preso a intimação será sempre pessoal. Se o acusado estava solto e estava em andamento outra forma de intimação, sendo preso, a intimação pessoal passa a ser obrigatória.

2. Se o réu estiver solto e não for expedido mandado de prisão, a intimação será feita ou ao réu pessoalmente, ou ao defensor constituído. A intimação, no caso, é alternativa, e, se feita em ambas as pessoas, não tem ordem determinada, mas o prazo de recurso começa a correr a partir da última.

O inciso II do art. 392 refere a prestação de fiança e a hipótese de o acusado livrar-se solto, apenas. Com as modificações ocorridas no sistema da liberdade provisória, devemos entender o dispositivo como aplicável a todas as hipóteses em que não é expedido mandado de prisão, ainda que fora das hipóteses originariamente previstas.

3. Se foi expedido mandado de prisão e o acusado não foi encontrado, faz-se a intimação na pessoa do advogado constituído. O oficial de justiça, no caso, deve certificar que o acusado não foi encontrado, concluindo-se, pois, que deve ser tentada, primeiro, a intimação pessoal.

4. Nas demais situações não previstas expressamente nos itens anteriores, a intimação far-se-á por edital, e essas situações são as seguintes:

a. não foi expedido mandado de prisão e não é encontrado nem o réu nem o defensor constituído, após certificar essas ocorrências o oficial de justiça;

b. foi expedido mandado de prisão e não se encontra o réu nem o advogado constituído, assim certificando o oficial de justiça;

c. o acusado não tem defensor constituído e não é encontrado, com certidão do oficial de justiça.

Nesta última situação, o advogado dativo pode e deve ser intimado, podendo, também, recorrer, mas a intimação do dativo não dispensa a intimação do réu, pessoalmente ou por edital. Se a intimação do réu, por uma dessas formas, não for feita, a sentença não transitará em julgado e o eventual recurso do dativo não poderá ser examinado enquanto ela não se efetivar.

No caso de necessidade de intimação por edital, o seu prazo será de 90 dias, se tiver sido imposta pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, e de 60 dias nos outros casos. O prazo para apelação corre após o término do prazo fixado no edital, salvo se, no curso deste, for feita a intimação por uma das outras formas, pessoalmente ao réu ou ao constituído, formas de intimação que têm precedência (art. 392).

No direito brasileiro não existe o processo contumacial como concebido na legislação italiana, na qual a sentença, resultante de processo que se desenvolveu à revelia, tem meios diferentes e mais amplos de impugnação. Feita a citação por edital, nos casos e obedecidas as formalidades legais, bem

como feita a intimação correta da sentença, esta tem a mesma eficácia e pode sofrer os mesmos meios de impugnação da sentença produzida em processo que se desenvolveu em contraditório pleno.

75. DA COISA JULGADA PENAL

A coisa julgada é a imutabilidade da sentença ou de seus efeitos[143].

Diz-se que há *coisa julgada formal* quando estão esgotados todos os recursos cabíveis. Todas as decisões terminativas fazem coisa julgada formal quando extintas as vias recursais.

As sentenças de mérito fazem, uma vez esgotados os recursos, também, *coisa julgada material*, que é a imutabilidade da sentença ou de seus efeitos não só no mesmo processo porque se extinguiram as vias recursais, mas também acarretando a proibição de outra decisão sobre a mesma causa em outro eventual processo.

A natureza e a extensão dessa imutabilidade serão adiante tratadas, especialmente porque é diferente se a decisão é favorável ou desfavorável ao acusado. Todavia, há uma questão prévia que deve ser resolvida, porque não tratada com uniformidade na doutrina do processo penal.

O que é sentença de mérito no processo penal?

O Código não nos ajuda muito na definição desse conceito, porque considera *sentença* (no sentido de sentença de mérito ou definitiva) apenas a de condenação e a de absolvição.

Todavia, há outras decisões que também são *sentença de mérito* e que receberão o mesmo tratamento quanto à sua estabilidade, impossibilidade de modificação ou repetição da mesma ação penal.

São elas:

1. A decisão que decreta a extinção da punibilidade. No sistema recursal, o recurso cabível da decisão que decreta a extinção da punibilidade é o recurso no sentido estrito (art. 581, VIII), o que indicaria que essa decisão não tem a natureza de sentença de mérito. Todavia, trata-se de decisão de mérito, ainda que não no sentido do mérito principal relativo à apreciação da procedência ou improcedência da imputação, mas esse tipo de decisão tem as mesmas consequências de estabilidade da sentença de improcedência.

2. A decisão que rejeita a denúncia porque o fato é atípico ou, no procedimento dos arts. 513 e s., se o juiz verifica, nos termos do contido no art. 516, a inexistência de crime ou a improcedência da ação em virtude da legalidade do ato. Nessas hipóteses também ocorrerá a coisa julgada material, com a conseqüente proibição de se repetir a ação.

Essa constatação demonstra que, mesmo antes do recebimento da denúncia ou queixa, há processo, e processo apto a produzir uma sentença de mérito, com força de coisa julgada material. Essas são, aliás, somadas à exclusão do réu do processo por menoridade, hipóteses de julgamento antecipado

da lide, sem a sistematização do Código de Processo Civil, mas inegavelmente dessa natureza.

3. Decisões que resolvem definitivamente incidentes, como a que julga improcedentes os embargos de terceiro ou do próprio acusado nos termos dos arts. 129 e 130 do Código. É, também, dessa natureza a que exclui corrêu do processo porque é inimputável por menoridade.

A natureza da decisão, portanto, não depende do momento em que é proferida, mas de seu conteúdo, se definitivo ou não.

Apontados os casos de decisão de mérito, ocorre o efeito negativo da coisa julgada, que é a proibição de se voltar a submeter ao Judiciário a mesma questão, cabendo distinguir a profundidade dessa proibição.

Se a sentença for condenatória, o princípio da revisibilidade perene do erro judiciário admitirá, sempre, o reconhecimento desse erro ou a nulidade do processo que gerou a condenação.

Se a sentença é absolutória, da natureza de uma das acima mencionadas como equivalentes da sentença de mérito, ou, mesmo condenatória, mas em tudo que for favorável ao acusado, a imutabilidade é absoluta, porque ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato para agravar a sua situação.

O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, excluiu do alcance da coisa julgada a decisão que decreta a extinção da punibilidade pela equivocada suposição da morte do agente, como em *RT*, 573/445. Todavia, trata-se de situação

excepcionalíssima, que não pode ser aceita como regra e, de nossa parte, não aceitamos nem como exceção. A fenda, ainda que justificada, por exemplo, se o agente obteve a extinção da punibilidade com certidão de óbito falsa, pode comprometer o sistema de garantia da pessoa contra a violência estatal.

Mas o que é “o mesmo fato”? Quando ocorre o *bis in idem*?

José Frederico Marques[144] explica que surge o *bis in idem* “quando se instaura nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de ação penal anteriormente decidida em sentença tornada imutável pela coisa julgada”, e que, “sob o ângulo objetivo, é a imputação ou causa *petendi* que individualiza a ação penal e a acusação, o litígio penal e a *res in iudicium deducta*”.

Essa lição é irrepreensível, mas não resolve totalmente a questão, porque resta a alternativa: o “mesmo fato”, a que se refere o mestre, é o fato como imputado, como descrito na denúncia ou queixa, ou é o fato enquanto realidade histórica, ainda que não trazido por inteiro? Em outras palavras, a imputação e, conseqüentemente, o objeto do processo e da sentença, é o que está descrito na denúncia ou queixa ou é o que aconteceu no mundo da realidade?

Não é possível aplicar, sem adaptação, ao processo penal a teoria de Schwab sobre o objeto litigioso do processo civil, em *El objeto litigioso del proceso civil*, EJE, 1968, trad. Tomás A. Banzhaf, porque,

ainda que se admita, como o mestre alemão, que o objeto do processo é o pedido do autor, este, no processo penal, é mera consequência, porque consequência única, inexorável e indisponível, mesmo na ação penal privada, do fato definido como infração penal e em relação à qual o autor, Ministério Público ou querelante, não exerce nenhum poder de delimitação. É sobre o fato, que é a causa de pedir, que se concentra a atividade jurisdicional penal, e se o dispositivo da sentença corresponde à procedência ou improcedência do pedido contido na denúncia ou queixa, que é o pedido de condenação, essa conclusão somente pode ser considerada em relação à imputação, ou seja, ao fato imputado, que é o que delimita a atividade jurisdicional.

Nossa posição é a de que a acusação traz à decisão o fato da natureza por inteiro, ainda que não o descreva integralmente, cabendo aos órgãos da persecução penal apresentá-lo por completo, aplicando-se, se for o caso, o art. 384 do Código, conforme comentado, porque a sentença esgotará, definitivamente, a possibilidade de trazê-lo a novo processo penal contra o mesmo réu.

Não se pode, pois, aceitar a posição de Giovanni Leone^[145], para o qual se exige completa identidade cronológica e material entre os elementos que constituem a ação que se imputa aos agentes no procedimento a respeito do qual intervém a coisa julgada e os

elementos que constituem o fato imputado à mesma pessoa no procedimento que se quer iniciar depois, bastando que um só elemento seja diferente para que não se possa falar de um mesmo fato.

Ao contrário, basta que o núcleo do tipo seja o mesmo (não na exteriorização verbal, mas na sua essência)[146], para que haja identidade do fato. É o que se deve entender como “fato principal” no art. 110, § 2º, do Código quanto à exceção de coisa julgada, que se aplica, também, à de litispendência.

O que define, pois, a coisa julgada é o núcleo da infração em seu significado essencial, não importando os seus elementos acidentais. Se o núcleo da infração foi trazido a juízo, ainda que os elementos secundários ou acidentais sejam diferentes na realidade, não se admitirá nova ação penal sobre o mesmo fato.

Alguns exemplos poderão elucidar melhor a questão.

Se houve acusação por furto, porque o indivíduo “X” subtraiu R\$ 1.000,00 de outrem, não poderá haver outra ação penal ainda que se apure, posteriormente, que naquela ação foram subtraídos R\$ 1.200,00. Também não poderá haver ação penal por apropriação indébita pela mesma conduta.

Não poderá, ainda, haver nova ação penal por lesão corporal, se houve absolvição pelo homicídio da mesma pessoa pelo mesmo agente e na mesma oportunidade, porque o fato morte tem o mesmo núcleo essencial da lesão corporal.

O mesmo ocorre, ainda, se alguém é condenado ou absolvido por tentativa de homicídio e, depois, verifica-se que ocorreu a morte.

Não poderá haver ação penal por esta última em virtude da coisa julgada resultante do julgamento definitivo da mesma conduta. Igualmente, se a absolvição foi de lesão corporal em face de eventual crime de maus-tratos.

Repita-se, pois, que a fase do art. 384, que tem por fundamento a garantia do direito de defesa, é a última oportunidade de se fazer a adequação da imputação formal à realidade. Não teria ele sentido, aliás, se a alteração de algum elemento fático, com modificação da causa de pedir e da qualificação jurídico-penal, pudesse ensejar outra ação penal, como ocorre no processo civil.

Essa interpretação aparentemente ampliativa, mas, na verdade estrita, da coisa julgada penal é uma exigência de garantia da pessoa contra perseguições e contra a vingança pública ou privada.

Perfilhamos o mesmo entendimento quanto aos modos da prática da infração, se autoria, coautoria ou participação. O Supremo Tribunal Federal decidiu em sentido contrário, afastando a coisa julgada, em caso de acusação por autoria material a que se sucedeu outra acusação pela autoria intelectual, mas, no caso, entendemos com razão o voto vencido[147].

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, no processo penal é irrelevante o polo ativo. Não é porque a ação foi promovida mediante queixa que poderá, posteriormente, ser promovida mediante denúncia, se ocorreu absolvição, ainda que a legitimação correta fosse do Ministério Público. Diferente será a hipótese se o primeiro processo foi extinto por nulidade, porque, nesse caso, não

houve sentença de mérito e, conseqüentemente, incorreu a coisa julgada material.

Não deve preocupar a hipótese, aliás de mera especulação teórica, de um conluio entre querelante, querelado e juiz para produzir sentença absolutória que obstará a ação penal pública correta. Nesse caso o processo e a sentença seriam inexistentes, porque simulados em fraude à lei. Se, porém, o processo se desenvolveu como de ação penal privada, com a participação do Ministério Público, e alcança sentença de mérito sem a simulação apontada, prevalece a conclusão do texto.

O que importa para a coisa julgada, portanto, é o polo passivo, a pessoa do réu em face de determinado fato, observando-se, porém, que relevante é a identidade física do acusado, e não o seu nome ou identidade formal. Nessa circunstância, a identificação física deve ser cuidadosamente aferida, em virtude da possibilidade de homonímia, de um lado, e da possibilidade de pluralidade de nomes ou identificações formais, de outro, aliás coisa comum entre criminosos profissionais.

CAPÍTULO XIV

DOS RECURSOS

76. TEORIA GERAL DOS RECURSOS

76.1. Conceito

O sistema processual prevê dois tipos de instrumentos para a reforma de decisões judiciais: recursos e ações.

Historicamente, a partir do direito romano, primeiro surgiram as ações, em virtude da inexistência de uma estrutura judiciária hierarquizada que tivesse a previsão de órgãos de primeiro e segundo graus. Todavia, já existia o anseio, que é da natureza humana, de corrigir, ou pelo menos rebelar-se contra, a decisão ilegal ou injusta. Daí a *querella nullitatis*, ação para declarar a nulidade de uma decisão, anterior a um sistema recursal estruturado.

Com a organização do Império Romano, especialmente por obra do Imperador Adriano, surgiu a apelação, porque o Imperador

avocou a si “todas as magistraturas”, inclusive com o poder de rever decisões dos magistrados.

A estrutura complexa do Império e o desenvolvimento do Estado, posteriormente, admitiram recursos para autoridades hierarquizadas em graus, instituindo-se, então, um sistema recursal.

Com isso, os recursos passaram a ter maior importância como instrumentos de impugnação de decisões judiciais, mas convivem com as ações, como a revisão criminal, o *habeas corpus*, os embargos de terceiro dos arts. 129 e 130, o mandado de segurança, isso em matéria criminal.

A história do direito processual demonstra que a utilização das ações é maior ou menor segundo as restrições ou ampliações do sistema recursal, na seguinte conformidade: quando se restringe a possibilidade de recurso, aumenta-se a aceitação, pelos tribunais, da utilização de ações, como aconteceu com o mandado de segurança, amplamente utilizado contra ato judicial, isso porque existe a tendência psicológica de não se admitir a permanência de uma decisão ilegal ou injusta. Esse fenômeno se observa com grande intensidade no direito processual brasileiro da atualidade, talvez em virtude de nossas origens portuguesas, cujo processo foi pródigo na criação de recursos, como o agravo, em suas várias espécies, e os embargos. E mesmo com a ampliação do sistema recursal, ainda assim, subsistem as ações, como sucedâneos ou substitutivos, ou, ainda, como meios autônomos de impugnação em situações específicas que, como se disse, têm sempre a tendência de ampliar-

se se algum vazio levar à estabilização de uma decisão ilegal ou injusta.

No processo penal, ademais, o instrumento do *habeas corpus*, por essência, é sempre viável para a correção da ilegalidade de decisão desfavorável ao acusado. As ações de revisão criminal e *habeas corpus* serão examinadas no capítulo sobre os procedimentos.

Os recursos, porém, ocupam maior espaço no processo moderno, em virtude da complexidade da estrutura judiciária, decorrente da estrutura estatal complexa, especialmente em país da dimensão do nosso.

Na criação de um sistema recursal vigoram dois princípios antagônicos e que devem ser conciliados: o de que a possibilidade de reexame das decisões aumenta a probabilidade de que a decisão seja a melhor, mas também o de que a existência de um número grande de recursos retarda a estabilidade da decisão, comprometendo-se a paz social necessária que adviria da conclusão definitiva do processo.

O sistema recursal vigente no Brasil na atualidade é complexo e com grande número de oportunidades de recorrer, prevendo, em certas situações, até quatro instâncias, mas tal complexidade é inevitável tendo em vista o nosso sistema político e a importância do direito de liberdade, cuja tutela não pode sofrer restrições.

Há dificuldades para a delimitação da abrangência do conceito de recurso, optando-se, aqui, por uma conceituação de maior amplitude, a fim de poder alcançar institutos como os embargos de declaração, o protesto e a carta testemunhável, que estariam

excluídos da categoria se se optar por conceito mais estreito. A opção por conceito mais restrito geraria o impasse de não se saber a que categoria pertenceriam os institutos referidos ou de ser necessária a criação de categorias próprias, certamente inúteis.

É melhor, portanto, ampliar o conceito tratando aqueles institutos como recursos, ainda que se sacrifique a precisão conceitual.

Com essa explicação, pode-se fixar: *recurso é o pedido de nova decisão judicial, com alteração de decisão anterior, previsto em lei, dirigido, em regra, a outro órgão jurisdicional, dentro do mesmo processo.*

Desmembrando-se os elementos desse conceito temos que:

1. O recurso é um pedido de nova decisão judicial. Em primeiro lugar é um *pedido*, ou seja, manifestação voluntária da parte de obter a nova decisão. O Código prevê hipóteses denominadas “recurso de ofício”, nas quais o próprio juiz determina a remessa dos autos para o tribunal para reexame de sua decisão. Essa providência não é recurso, mas requisito ou condição necessária à preclusão ou trânsito em julgado de uma decisão ou sentença. Em outras palavras, não é certo dizer que o juiz recorre da própria decisão; esta é que não pode tornar-se preclusa ou transitar em julgado sem que seja examinada e confirmada pelo tribunal. O juiz, ao proferir decisão em determinado sentido, previsto na lei, deve remeter os autos ao exame do tribunal, porque se não o fizer sua decisão jamais alcançará a preclusão ou a coisa julgada.

O recurso, portanto, é sempre voluntário e é voltado à reforma de uma decisão judicial. Pedidos de decisão em contrário a decisões

administrativas não são recurso, ainda que o Código, numa ou noutra passagem, possa ter usado o termo. Assim, se, negada a fiança pela autoridade policial, o interessado a requerer ao juiz, esse pedido não é recurso, mas pedido originário, que não se submete aos pressupostos próprios dos recursos que adiante serão examinados.

2. O pedido contido no recurso sempre pressupõe o interesse na reforma ou alteração de decisão anterior. Há manifestação de inconformismo cuja pretensão final é a obtenção de nova decisão diferente da anterior e, no plano jurídico ou prático, menos gravosa ou mais favorável.

3. O recurso depende de previsão legal. O rol de recursos e suas hipóteses de cabimento é *numerus clausus*, porque a tendência das decisões é a de se estabilizarem, devendo a possibilidade de sua alteração ser prevista em lei. É evidente que qualquer norma legal comporta interpretação, inclusive extensiva, mas é sempre na lei que se baseia a existência de recurso contra decisão judicial. Quando não há previsão legal de recurso, mas há necessidade de alteração de uma decisão, surgem, às vezes, substitutivos, entre os quais as ações acima referidas, destacando-se em favor da defesa o *habeas corpus*, o qual, porém, está fora do sistema recursal.

4. O recurso é dirigido, em regra, a outro órgão jurisdicional. A ressalva “em regra” torna o conceito impreciso, mas é ela necessária para que possam ser abrangidos recursos como os embargos de declaração e o protesto por novo júri, em que a nova decisão é do mesmo órgão jurisdicional. Todavia, o reexame da questão pelo

mesmo órgão jurisdicional, chamado *juízo de retratação*, é da tradição do sistema recursal brasileiro, tanto como etapa do recurso no sentido estrito quanto como finalidade de recurso autônomo. A maioria dos recursos, contudo, pleiteia que a modificação da decisão seja feita por outro órgão jurisdicional, em princípio com posição hierárquica mais elevada ou mais complexa. Assim é na apelação, no recurso no sentido estrito, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no especial e no extraordinário.

5. O recurso é uma fase do mesmo processo, um desdobramento da mesma ação. Ao ser interposto, o procedimento desenvolve-se em nova etapa da mesma relação processual. Essa característica é que o distingue das ações que tenham por objeto a impugnação de decisões judiciais. Nestas, instaura-se nova relação processual, diferente da relação processual em que foi produzida a decisão impugnada. No recurso, a relação processual original continua vigente, desdobrando-se, apenas, em nova fase.

No caso dos recursos que se utilizam de instrumentos, como o recurso no sentido estrito e o agravo, esse instrumento também não é uma relação processual diferente. É um incidente procedimental de mesma relação processual, tais como as exceções, o incidente de insanidade, o de falsidade etc. O vínculo que une acusador, juiz e acusado é sempre o mesmo, sem interrupção.

76.2. Pressupostos

Para que o recurso seja examinado pelo juízo ou tribunal *ad quem*, órgão ao qual se pede a nova decisão, é necessário que se

cumpram certos requisitos, denominados *pressupostos*, que são as exigências legais para que seja *conhecido*.

A existência dos pressupostos é antecedente necessário do exame do pedido contido no recurso. Este sequer será apreciado se não estiverem todos os pressupostos presentes, dizendo-se, então, que o recurso não é *conhecido*. Se presentes todos os pressupostos, o juízo ou tribunal *ad quem* aprecia o pedido nele contido, dando ou não *provimento*. O *conhecimento*, portanto, refere-se à presença, ou não, dos pressupostos; o *provimento* a ter, ou não, razão o recorrente, reformando-se, ou não, a decisão do juízo ou tribunal *a quo*. Se o recurso é *conhecido*, poderá, ou não, ser provido; se não é *conhecido*, não se questiona quanto ao provimento, estando, aliás, o juízo ou tribunal *ad quem* proibido de fazê-lo.

A distinção entre *conhecimento* e *provimento* do recurso é importante porque se o recurso não é *conhecido* a decisão que se estabiliza é a do juízo ou tribunal *a quo*; se o recurso é *conhecido*, ainda que improvido e mantida integralmente a decisão anterior, a decisão do juízo ou tribunal *ad quem* substitui a do juízo ou tribunal *a quo*. As diferentes situações trazem consequências na competência para a revisão criminal ou o *habeas corpus* que se desejar interpor para impugnar a decisão final. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar as revisões criminais de seus julgados (CF, art. 102, I, *j*): se o recurso extraordinário interposto contra decisão condenatória não foi conhecido, a revisão criminal deverá ser proposta no tribunal *a quo*; se o recurso

extraordinário foi conhecido, ainda que não provido, a revisão processar-se-á no próprio Supremo Tribunal Federal.

O exame dos pressupostos se denomina *juízo de admissibilidade*, sendo ele realizado em parte no próprio juízo *a quo* e em parte no juízo ou tribunal *ad quem*, observando-se, porém, que o exame no juízo *a quo* é sempre provisório ou modificável por outro recurso, formando-se o juízo definitivo no juízo ou tribunal *ad quem*, ou seja, se o juízo de admissibilidade no juízo ou tribunal *a quo* for negativo, indeferindo o seguimento do recurso, caberá outro recurso para o exame desse indeferimento pelo juízo ou tribunal *ad quem*, porque não pode o juízo ou tribunal *a quo* suprimir, definitivamente, o que seria, em tese, de juízo ou tribunal *ad quem*; em sentido contrário, se o juízo de admissibilidade for positivo, determinando o seguimento do recurso, essa decisão do juízo ou tribunal inferior não pode condicionar o juízo ou tribunal *ad quem*, que reexaminará a questão por ocasião do julgamento do recurso, como preliminar deste.

Os pressupostos recursais são os pressupostos processuais e as condições da ação nessa fase processual, necessários ao exame do mérito[148] do recurso. Da mesma forma que, se faltar um pressuposto processual ou condição da ação antes da sentença, o juiz não pode proferi-la validamente, o mesmo acontece para o juízo ou tribunal *ad quem*. Faltando um pressuposto do recurso, o juízo ou tribunal *ad quem* não pode proferir decisão válida sobre o pedido nele contido. Nessa hipótese, se a decisão anterior foi desfavorável ao acusado, o juízo ou tribunal, deixando de conhecer o recurso,

pode utilizar o *habeas corpus* de ofício para corrigir a ilegalidade, instrumento especial, utilizado no caso exatamente porque o recurso não pode ser apreciado quanto ao seu conteúdo.

Classificam-se os pressupostos dos recursos em *pressupostos objetivos* e *pressupostos subjetivos*.

São pressupostos objetivos:

a. cabimento. Esta exigência corresponde à previsão legal do recurso para a decisão recorrida. Corresponde à recorribilidade da decisão, porque há decisões irrecorríveis, como os despachos de mero expediente e as decisões interlocutórias não relacionadas no art. 581 ou que não tenham força de definitivas. É irrecorrível, também, a última decisão, uma vez esgotados os recursos legalmente possíveis, ocorrendo, então, a preclusão ou a coisa julgada, que decorrem exatamente da inexistência de recurso legal cabível. No caso de decisões interlocutórias irrecorríveis, a questão nela resolvida poderá ser reexaminada por ocasião do recurso cabível que se seguir, como a apelação que, em preliminar, admite o reexame das interlocutórias irrecorríveis proferidas em primeiro grau de jurisdição, isso porque, se a interlocutória é irrecorrível não ocorre a sua preclusão até o recurso cabível da decisão seguinte. Ressalva-se, apenas, a hipótese de sanção, prevista no art. 572, por falta de alegação no momento oportuno. Havendo alegação, a matéria pode voltar a ser apresentada como preliminar do recurso seguinte;

b. adequação. Os recursos têm determinada previsão de hipóteses de cabimento. A cada tipo de decisão cabe um tipo de

recurso, devendo ser interposto o recurso adequado. Todavia, a exigência da adequação é abrandada pelo princípio da fungibilidade, previsto no art. 579. O tribunal poderá conhecer um recurso por outro, desde que não haja má-fé. A má-fé estaria caracterizada, por exemplo, pela tentativa de, mediante a utilização de recurso impróprio, se tentar obter maior prazo, quando o recurso adequado tinha prazo menor, ou se pretender, com isso, obter efeito diferente. Nas hipóteses de cabimento de recurso no sentido estrito ou apelação a questão do prazo não se coloca, porque ambos têm o prazo idêntico de 5 dias para a interposição, o que facilita a aplicação da fungibilidade. À má-fé equipara-se o erro grosseiro, caracterizado pela afronta literal à lei, se cometido por quem não poderia fazê-lo.

Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível;

c. *tempestividade.* Todo recurso tem um prazo legal e deve ser interposto nesse lapso temporal. O recurso no sentido estrito e a apelação têm o prazo de 5 dias, os embargos infringentes têm 10, os embargos de declaração 2, o recurso ordinário 5 e o recurso especial e o extraordinário 15. O prazo é preclusivo, entendendo-se, porém, que motivo de força maior pode relevar sua perda.

O ônus da parte é o de apresentar sua manifestação de vontade de recorrer no prazo, não sendo prejudicado o seu recurso se a omissão da administração judiciária retardar seu processamento. Vale a data do protocolo, porque, uma vez atendido o ônus

processual, a parte não pode responder pelos atrasos da máquina burocrática;

d. *regularidade procedimental.* O recurso deve ser interposto segundo a forma legal, sob pena, sempre, de não ser conhecido. Em primeiro grau, deve ser interposto por petição ou por termo perante o escrivão, valendo, contudo, qualquer manifestação de vontade de recorrer em se tratando da sentença condenatória, o que facilita a interposição. Assim, se o réu, intimado da sentença, diz ao oficial de justiça que quer recorrer, e essa manifestação de vontade vai consignada na certidão de intimação, o recurso está interposto. Em segundo grau, porém, para os Tribunais Superiores, será sempre interposto por petição, e sua regularidade procedimental é escrita, não sendo conhecido, por exemplo, recurso sem razões ou com razões confusas ou incoerentes. Em primeiro grau, o recurso pode subir com as razões ou sem elas (arts. 589 e 601), apesar de existirem decisões, de toda a pertinência, que entendem que as razões são peça importante para a defesa e dever funcional para o Ministério Público. A falta, porém, não será motivo de não conhecimento, voltando os autos para que sejam elaboradas, se assim entender o tribunal. Para os Tribunais Superiores, todavia, não será conhecido recurso sem razões adequadas;

e. *inexistência de fato impeditivo ou extintivo.* Há fatos que impedem ou extinguem o exercício das vias recursais, não podendo o recurso ser conhecido se ocorrer algum deles.

São fatos impeditivos:

1. *A renúncia*, que é a manifestação de vontade de não recorrer. O Ministério Público não pode renunciar à faculdade de recorrer, porque não pode condicionar sua opinião ocasional à necessidade do interesse público. O querelante, porém, pode renunciar. O acusado, também, pode renunciar à faculdade de recorrer, desde que se verifique que essa decisão é livre e consciente. Há decisões de tribunais rejeitando a renúncia ou desistência ao recurso por parte do acusado, mas em casos em que há dúvida quanto ao discernimento da decisão. À vontade livre e consciente da pessoa, dentro do critério do razoável, não se pode contrapor a autoridade estatal, ainda que para, hipoteticamente, beneficiá-la. A intenção do defensor de recorrer não pode prevalecer sobre a vontade livre, consciente e justificável do acusado, inclusive por razões de ordem moral. O mesmo vale para a desistência.

Não há previsão legal, no processo penal, de renúncia tácita, que seria a decorrente da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer. Aliás, ao contrário, na dúvida, deve-se interpretar pela vontade de rever a decisão desfavorável. A renúncia tácita é, pois, figura não aceitável no processo penal, nos crimes de ação penal pública, admitindo-se, somente, a renúncia expressa nos casos e condições acima expostos. Seria, porém, sustentável a possibilidade de renúncia tácita do querelante nos crimes de ação penal privada, em virtude do princípio da disponibilidade da ação nesses casos.

Não se deve confundir renúncia com o deixar fluir o prazo sem recorrer. A renúncia impede a interposição, antecipando a preclusão ou o trânsito

em julgado. A não interposição é atitude passiva e, se ainda dentro do prazo, pode ser revertida mediante a apresentação do recurso

2. *O não recolhimento à prisão nos casos em que a lei exige.* Há hipóteses previstas em lei, como, por exemplo, a do art. 59 da Lei n. 11.343/2006, ou se o próprio juiz assim decidiu, conforme previsto, entre outros casos, no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, que definiu os crimes considerados hediondos, em que o acusado não pode apelar em liberdade, ficando o recurso condicionado ao recolhimento à prisão. O não cumprimento desse ônus é fato impeditivo do conhecimento do recurso eventualmente interposto sem ele.

São fatos extintivos das vias recursais:

1. *A desistência*, que é a manifestação de vontade de retirar o recurso já interposto. O querelante, o querelado e o acusado podem desistir. Não pode, porém, desistir o Ministério Público (art. 576). Pode ele deixar de recorrer, mas, uma vez interposto o recurso, o seu processamento e exame será irreversível.

2. *A deserção*, que é uma hipótese de extinção das vias recursais que impede o conhecimento do recurso em virtude da ocorrência de determinado ato, positivo ou negativo, da parte. Há, no processo penal, um caso de deserção. Haverá, também, deserção se o querelante deixar de efetivar o preparo do recurso, que é o pagamento das custas correspondentes. O art. 806, § 2º, que prevê a deserção por falta de pagamento das custas do recurso, é interpretado no sentido de sua aplicabilidade apenas ao querelante,

porque a exigência do pagamento de custas ao querelado violaria o princípio constitucional da ampla defesa.

Esses os pressupostos objetivos dos recursos.

Há autores que acrescentam, ainda, como pressuposto objetivo, a *competência* do tribunal *ad quem*. Esse requisito, porém, é pressuposto do conhecimento por determinado tribunal, mas não pressuposto do recurso, porque este, se interposto com todas as exigências acima e mais as subjetivas adiante tratadas, será conhecido, por este ou aquele tribunal. O problema não é do recurso, da parte que o interpôs, ou dele condicionante, mas do próprio tribunal em face de outro.

São pressupostos subjetivos:

a. A *sucumbência*, que tem sido definida ora como o prejuízo causado à parte pela decisão, ora como a relação desfavorável entre o que foi pedido e o que foi concedido. Ambos os conceitos esclarecem, parcialmente, a situação. De fato, se a parte tiver prejuízo decorrente da decisão, haverá sucumbência, o mesmo acontecendo se pediu algo que não foi concedido ou se foi concedido menos. Há situações, porém, que não se resolvem com esses conceitos. Assim, feita a acusação, a sentença fixará a pena entre o mínimo e o máximo; se fixar acima do mínimo, mas não no máximo, será sucumbente a acusação porque poderá pleitear o aumento de pena até aquele limite, e será sucumbente a defesa porque poderá pleitear a redução ao mínimo legal. E, no caso, não houve pedido específico a respeito. Outra situação: o juiz decreta, de ofício, a incompetência do juízo. Quem é sucumbente, a acusação ou

a defesa? Não se identifica, pelo menos aparentemente, nem prejuízo determinado nem pedido que se possa confrontar com o que foi decidido.

É necessário, portanto, um conceito mais abrangente de sucumbência, que corresponda ao interesse de recorrer, que é o interesse processual nessa fase da ação.

A sucumbência, portanto, deve ser conceituada como *a situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível*, o que caracteriza o interesse de recorrer, de pedir a reforma de uma decisão.

Ainda que não se possa caracterizar a situação como de *prejuízo* no sentido material, ou ainda que não haja possibilidade de confronto entre o que foi pedido e o que foi decidido, se a decisão não atendeu à expectativa juridicamente possível, haverá sucumbência e, conseqüentemente, viabilidade de recorrer. No exemplo acima citado de declaração de ofício da incompetência, ambas as partes são sucumbentes, porque ambas têm a expectativa juridicamente possível de que a sentença final seja proferida por juiz competente, que pode ser o que declinou de sua competência. No exemplo da quantidade da pena, a fixação em limite médio também gerou sucumbência bilateral ou recíproca, porque ambas as partes tinham a expectativa juridicamente possível de obter pena maior ou menor. Alia-se, pois, o interesse processual à possibilidade jurídica do pedido, no momento recursal.

É importante, ainda, observar que a sucumbência refere-se ao dispositivo da decisão. Não há sucumbência quanto à fun-

damentação da sentença. Há decisões afirmando que o acusado pode recorrer da decisão que o absolveu por falta de provas para alteração da fundamentação para a legítima defesa em virtude da repercussão civil, ou afirmando que pode haver recurso para alteração da decisão que decreta a extinção da punibilidade para a de absolvição. Em ambas as hipóteses a pretensão é descabida. Não cabe ao juiz penal definir a situação civil, incluída nesta a moral do acusado. A sentença penal pode ter repercussão civil, mas como decorrência objetiva, não cabendo ao juiz penal, por falta de competência, invadir a área civil se cessada a questão relativa à aplicação da lei criminal. A absolvição por falta de provas ou a extinção da punibilidade podem deixar questões remanescentes, mas essas questões não são de competência do juiz criminal e poderão ser objeto de ação adequada no juízo cível, inclusive quanto ao aspecto da reparação do dano moral.

A sucumbência pode ser bilateral, recíproca ou parcial, se atende ou desatende a ambas as partes. O recurso de cada uma fica limitado à parte que sucumbiu.

b. A legitimidade para recorrer. Podem recorrer, respeitada a sucumbência, o querelante, o querelado, o acusado e seu defensor, o assistente, o ofendido ou sucessores do ofendido e o Ministério Público. Há situações, porém, para cada uma dessas partes que precisam ser examinadas.

O assistente somente pode recorrer da decisão de impronúncia, da absolvição, em primeiro ou segundo grau, e da que decreta a extinção da punibilidade. Sobre o recurso do assistente há três

Súmulas do Supremo Tribunal Federal, a 208, a 210 e a 448, que foram comentadas no item 58, e a restrição de sua atividade recursal àquelas hipóteses decorre da aplicação do art. 271 combinado com os arts. 584, § 1º, e 598. Em resumo, o assistente, no caso de impronúncia, absolvição ou decretação da extinção da punibilidade, pode recorrer, inclusive extraordinariamente; não pode oferecer recurso extraordinário (e, no mesmo sentido, recurso especial), no caso de decisão concessiva de *habeas corpus*, porque não é uma das hipóteses anteriormente apontadas; o prazo do assistente é o mesmo das partes (5 dias para a apelação e o recurso no sentido estrito) e conta-se a partir da intimação; o ofendido não habilitado como assistente, ou seus sucessores, pode recorrer, nas mesmas hipóteses, no prazo de 15 dias a contar do fim do prazo do Ministério Público.

Mas o assistente pode recorrer pleiteando aumentar a pena? Se se entende que a intervenção do assistente somente se justifica em virtude da reparação civil, a resposta é negativa, porque a sentença condenatória, qualquer que seja a pena, está assegurada. Quem sustenta que o assistente também colabora com a Justiça Pública na aplicação da lei penal sustenta que, nesse caso, a apelação é possível. Perfilhamos a segunda posição.

O Ministério Público pode recorrer como parte e como fiscal da lei. Pode recorrer para a correta aplicação da lei penal, inclusive se a apelação vier a beneficiar o réu, como, por exemplo, se o juiz aplicou pena de reclusão e a pena cominada ao crime era a de detenção. Não pode o Ministério Público recorrer em favor do

acusado, se a matéria é de prova, quanto à justiça ou injustiça da decisão no plano fático.

Também não pode o Ministério Público recorrer nos crimes de ação penal exclusivamente privada, ainda que na qualidade de fiscal da lei, se a sentença foi absolutória e o querelante não recorreu. Prevalece, no caso, o princípio da disponibilidade da ação exclusivamente privada ao qual nem o Ministério Público pode se sobrepor, porque o condicionamento à oportunidade da ação penal é de direito material, que à solução processual somente cabe acatar[149]. Diferente é a hipótese se a decisão foi condenatória, podendo o Ministério Público apelar para aumentar a pena; essa função é de fiscal da lei e não se submete à disponibilidade da ação penal exclusivamente privada, porque não há disponibilidade sobre a quantidade da pena.

Tanto o acusado quanto seu defensor podem recorrer autonomamente. Ambos podem levar a questão ao conhecimento do tribunal. Conforme acima sustentamos, na dúvida, prevalece a vontade de recorrer. Todavia, a vontade livre e consciente do acusado, colhida com todas as cautelas, prevalece sobre a vontade do defensor.

Recurso, como definido, é sempre voluntário. O Código, porém, prevê hipóteses de “recurso de ofício”, que, na verdade, não é recurso, mas que continuaremos a denominar como tal para respeitar a terminologia do Código. Nos casos de sentença de absolvição sumária no procedimento dos crimes de competência do júri, de sentença concessiva de *habeas corpus* em primeiro grau, e

nos casos previstos em lei especial[150], o próprio juiz remete os autos para exame do tribunal. Ainda que essa determinação não tenha a natureza de recurso, a sentença ou decisão somente alcançará a preclusão ou trânsito em julgado se houver a remessa, e o tribunal de segundo grau confirmar ou modificar uma ou outra. A absolvição sumária e que enseja o recurso de ofício é a do procedimento do júri (art. 415 – antes 411) e não a absolvição sumária que pode ocorrer após a resposta no procedimento comum. O chamado “recurso de ofício” é excepcional e somente nos casos expressos pode ser admitido, não estando previsto no art. 574 nem podendo ser ampliado por analogia.

76.3. Princípios

O sistema recursal é regido por certos princípios, que comportam exceções, mas devem ser considerados na interpretação das normas que os disciplinam.

São eles:

a. A fungibilidade. O art. 579 prevê expressamente a possibilidade do conhecimento de um recurso por outro, desde que não haja má-fé, como foi explicado na exposição do pressuposto recursal *adequação*.

b. A unirrecorribilidade. A cada decisão corresponde um recurso. Atendendo o princípio, o art. 593, § 4º, exclui a possibilidade de interposição do recurso no sentido estrito se da decisão cabe apelação. Esta absorve aquele, porque nela a matéria será integralmente examinada. O fundamento, aliás, é a economia e a simplificação da forma. Assim, por exemplo, se o juiz, na sentença,

cassa a fiança, a apelação abrangerá toda a matéria, a de mérito e a relativa à fiança. Se a cassação da fiança for decidida fora da sentença, o recurso cabível é o recurso no sentido estrito.

Há exceções, porém, no caso de decisões complexas, com mais de um dispositivo, previstos expressamente em lei, porque a regra é a unirecorribilidade. Os casos de recursos diferentes concomitantes são os seguintes:

1. apelação e protesto por novo júri se, na decisão do júri, um crime comporta o protesto, e outro não. A apelação aguardará a nova decisão decorrente do protesto;

2. o recurso ordinário constitucional, por parte da defesa, da decisão denegatória de *habeas corpus*, o recurso especial e o recurso extraordinário, por parte da acusação, se a denegação for parcial e houver fundamento nas hipóteses constitucionais;

3. o recurso de embargos infringentes, o especial e o extraordinário, se a decisão do tribunal, desfavorável ao réu, contiver parte não unânime e parte unânime que, em tese, possibilite os recursos aos Tribunais Superiores. Os embargos infringentes serão julgados em primeiro lugar, ficando os outros dois recursos aguardando essa decisão. Julgados os embargos, caberá outro recurso especial e outro extraordinário quanto à parte decidida nos embargos, se houver fundamento constitucional para isso.

c. *A irrecorribilidade das interlocutórias.* No processo penal, de regra, as decisões interlocutórias são irrecorríveis, com as exceções previstas no art. 581 e outras expressamente previstas em leis especiais. Sendo irrecorríveis, as interlocutórias poderão ter o seu

conteúdo reexaminado por ocasião da apelação, em matéria preliminar, porque, em relação a elas, não ocorre a preclusão.

d. *A proibição da "reformatio in pejus" ou a regra "tantum devolutum quantum appellatum".* Quem apelou não pode ter sua situação agravada em virtude do próprio recurso. O recurso devolve ao tribunal exclusivamente a matéria que foi objeto do pedido nele contido, não podendo reverter contra quem recorreu. Questiona-se a respeito da possibilidade de favorecer a posição do réu, no caso de recurso exclusivo da acusação, chamando-se a essa hipótese, inadequadamente, *reformatio in melius*, porque é sempre *in pejus* para quem recorreu. Nosso entendimento é o de que o respeito aos limites objetivos do recurso é rigoroso. Se houver algo a corrigir em favor do acusado, que se utilize o *habeas corpus* de ofício. Os tribunais têm impedido a chamada *reformatio in pejus* indireta. Ocorre essa situação se a sentença condenatória é anulada em virtude de recurso exclusivo do acusado e, na segunda sentença, vem a ser aplicada pena mais elevada. No júri, porém, tal limitação não se aplica se o agravamento da sanção decorre do reconhecimento de circunstância de aumento de pena acolhida pelos jurados na segunda decisão. A autonomia desta última vem da soberania dos veredictos, que não pode ficar restringida pela decisão anteriormente proferida[151].

76.4. Efeitos

Interposto o recurso, produz ele efeitos em relação à decisão recorrida. Esses efeitos são *antecipados* ou *latentes* a partir da

decisão, durante o prazo legal do recurso, antes mesmo de ser interposto, tendo em vista o seu regime legal.

O efeito essencial do recurso é que decorre da recorribilidade da decisão é o de impedir a preclusão, propiciando a competência do juízo ou tribunal *ad quem*. Se o recurso não for apresentado, com todos os pressupostos indicados no item anterior, o juízo ou tribunal *ad quem* não tem competência para reexaminar a questão resolvida na decisão recorrida.

Dois, porém, são os efeitos normalmente apontados para os recursos: o devolutivo e o suspensivo.

Todos os recursos têm efeito devolutivo, que é a aptidão que tem esse instrumento de levar a decisão a reexame pelo juízo ou tribunal *ad quem*. O efeito devolutivo deve ser considerado em sua *extensão* e em sua *profundidade*.

Quanto à extensão, o pedido de reforma contido no recurso limita o conhecimento do tribunal. O recurso pode formular pedido parcial e somente dentro do que foi pedido é que a decisão será proferida.

Todavia, para a apreciação do que foi pedido, o tribunal poderá levar em consideração, em profundidade, tudo o que for relevante para a conclusão. Esse exame não pode ser limitado por pedido da parte, porque é necessário à decisão do tribunal.

Como se disse, todos os recursos têm efeito devolutivo, porque é de sua essência a remessa do que foi decidido a reexame de outro órgão jurisdicional.

Nas hipóteses previstas em lei, os recursos, além do efeito devolutivo, têm, também, efeito suspensivo.

O efeito suspensivo é a aptidão que têm os recursos, em determinadas hipóteses, de obstar ou conter a eficácia da decisão, ou seja, a execução da decisão somente se produzirá depois do julgamento pelo juízo ou tribunal *ad quem*.

O Código, em geral, determina o efeito suspensivo dos recursos de maneira indireta, segundo a situação prisional do acusado após a decisão.

Assim, se a sentença é absolutória, o acusado que estava preso será imediatamente colocado em liberdade, o que significa que o recurso contra essa sentença *não* tem efeito suspensivo da ordem de soltura.

Em sentido oposto, em sendo a sentença condenatória, se não se cumprira imediatamente a ordem de prisão, podendo o acusado recorrer em liberdade, isso quer dizer que o recurso do acusado tem efeito suspensivo. Se tiver de recolher-se à prisão para recorrer é porque o recurso não tem efeito suspensivo.

O efeito suspensivo, ou não, de cada recurso será examinado por ocasião dos comentários aos recursos em espécie.

Parte da doutrina refere, ainda, o efeito *extensivo* e o *regressivo* (ou *diferido*, ou *iterativo*).

O primeiro seria o aproveitamento da decisão favorável a um corréu que não recorreu se o benefício obtido por outro foi fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal (art. 580). O segundo, a característica do recurso no sentido estrito e do agravo de permitir que o juiz reforme a própria decisão, evitando, assim, a subida dos autos ao tribunal.

As duas hipóteses existem, mas não são efeitos especiais ou diferentes dos recursos. São, apenas, aspectos do próprio efeito devolutivo.

O chamado efeito *extensivo* não é mais que uma característica do efeito devolutivo, ou seja, o recurso de um corréu, se os seus fundamentos não são de caráter exclusivamente pessoal, devolve ao tribunal o conhecimento do que for comum a outro réu, possibilitando a reforma da decisão em favor dele também. Trata-se, pois, da amplitude do efeito devolutivo.

O chamado efeito *regressivo*, *iterativo* ou *diferido* é, igualmente, uma característica do efeito devolutivo do recurso no sentido estrito e do agravo, qual seja, a de devolver ao próprio juiz, primeiramente, o conhecimento da matéria impugnada, possibilitando a retratação.

76.5. Classificações

Os recursos podem ser classificados em *ordinários* e *extraordinários*. São recursos ordinários aqueles em que é admissível a discussão da matéria de direito e da matéria de fato, como a apelação, o recurso no sentido estrito e os embargos infringentes. São recursos extraordinários os que somente admitem impugnação quanto à matéria de direito, como o recurso especial, o recurso extraordinário, o agravo da decisão de indeferimento desses recursos e os embargos de divergência.

Classificação antiga e já ultrapassada considerava recursos extraordinários o *habeas corpus* e a revisão criminal, porque fora da sistemática recursal. Todavia, esses institutos são ações e não

recursos, como já se disse, e não poderiam ser classificados como tais.

Feita sempre a ressalva de que o chamado recurso de ofício não é recurso, mas, como ainda assim é tratado no Código, é admissível classificar os recursos, quanto ao critério da iniciativa, como recursos voluntários e recursos de ofício (art. 574, entendendo-se a remissão do inciso II não mais ao art. 411 mas ao art. 415, em virtude das alterações promovidas no procedimento do júri pela Lei n. 11.689/2008)[152].

77. RECURSO NO SENTIDO ESTRITO

O recurso no sentido estrito é o recurso cabível contra decisões, de regra, interlocutórias, nos casos expressos em lei.

A denominação “no sentido estrito” significa que só é admissível o recurso nos casos taxativos previstos em lei, atuando, portanto, estritamente nos casos nela expressos. Aliás o Código, quando usa somente o termo “recurso”, está se referindo ao recurso no sentido estrito.

O rol legal, portanto, constante do art. 581 e de leis especiais é taxativo[153], não comportando ampliação por analogia, porque é exceptivo da regra da irrecorribilidade das interlocutórias. Todavia, como qualquer norma jurídica, podem as hipóteses receber a chamada interpretação extensiva. Esta não amplia o rol legal; apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restritiva. A interpretação extensiva não amplia o conteúdo da norma; somente

reconhece que determinada hipótese é por ela regida, ainda que a sua expressão verbal não seja perfeita. Assim, em diversos incisos do art. 581, serão apontadas situações por eles regidas, porque equivalentes às do texto literal, sem que isso signifique ampliação do rol legal.

O recurso no sentido estrito ora é *pro et contra* ora é *secundum eventum litis*. O recurso se diz *pro et contra* se cabe em ambas as situações inversas de sucumbência, como por exemplo da decisão de conceder ou negar a fiança; se diz *secundum eventum litis* se cabe apenas em uma delas, como da decisão que não recebe a denúncia ou queixa, não havendo recurso para a que recebe.

O rol do art. 581 não encerra apenas decisões interlocutórias, tanto que se refere a despachos, decisões e sentenças. É de mérito, por exemplo, a decisão que não recebe a denúncia porque está extinta a punibilidade. Nesses casos, tendo sido instituído o recurso no sentido estrito como o recurso cabível, a própria decisão de mérito poderá ser modificada pelo juiz que a proferiu, porque no procedimento do recurso existe o juízo de retratação, como adiante se verá, caso que não ocorre com a apelação.

As hipóteses do art. 581 são de recurso voluntário, salvo a do recurso contra a decisão que decreta a absolvição sumária no procedimento do júri e a concessiva de *habeas corpus* em primeiro grau, devendo o juiz, de ofício, remeter os autos para reexame do tribunal.

O prazo para a interposição do recurso é de 5 dias, salvo no caso do recurso contra a decisão que inclui ou exclui jurado da lista geral,

caso em que o prazo é de 20 dias (inciso XIV).

O recurso no sentido estrito, de regra, não tem efeito suspensivo. Terá, porém, se a decisão recorrida for a da perda da fiança, ou a que denega a apelação ou que a julga deserta. Terá efeito suspensivo parcial no caso de recurso contra a decisão de pronúncia, impedindo o prosseguimento do feito para a segunda fase do júri, mas não obstando a prisão se isso foi determinado porque foi negado o benefício de recorrer e aguardar o julgamento em liberdade. O efeito suspensivo será, também, parcial no caso da decisão que declara quebrada a fiança, porque suspende-se o efeito da perda da metade do valor, mas não a ordem de prisão decorrente do quebramento.

Cabe observar que, no caso da decisão que denega a apelação ou a julga deserta, o efeito suspensivo não quer dizer que possa o recurso introduzir efeito que a apelação não tinha ou modificar a situação anterior, ou seja, o recurso, no caso, acompanha o efeito da apelação. Ele suspende, apenas, a eficácia da denegação ou deserção da apelação. Assim, se o acusado precisou recolher-se à prisão para apelar e, depois, foge, é decretada a deserção; recorrendo dessa decisão seu recurso não obsta que se expeça a ordem de prisão ou recaptura, significando o efeito suspensivo do recurso somente que ele impede que se declare o trânsito em julgado. A recíproca é verdadeira: se o acusado foi absolvido, a apelação da acusação não tem efeito suspensivo e o acusado deve ser colocado imediatamente em liberdade; não será o recurso da decisão que denega ou julga deserta a apelação que impedirá sua

soltura. Em suma, no caso comentado, o recurso acompanha o efeito da apelação.

O art. 584 refere, ainda, outras hipóteses em que o recurso teria efeito suspensivo. Esses casos, porém, estão revogados ou substituídos pelo agravo por força da nova Parte Geral do Código Penal, que não prevê mais a situação, ou pela Lei de Execução Penal, que admite o agravo, conforme adiante será comentado. Há situações polêmicas que serão, também, apontadas.

O recurso adota o seguinte procedimento.

A interposição pode ser feita por petição ou por termo nos autos perante o escrivão, pela própria parte ou seu representante, indicando, se for o caso de subir por traslado, as peças que devam formar o instrumento. Com ou sem ele, se não for necessário, será dada vista ao recorrente para oferecer razões em dois dias, abrindo-se vista, em seguida, por igual prazo, à parte contrária.

Com a resposta do recorrido ou sem ela, os autos serão conclusos ao juiz para manter ou reformar a decisão[154]. Se o juiz a mantiver, determinará a remessa dos autos ao tribunal. Se a reformar, a parte contrária poderá pedir a subida dos autos, no prazo do recurso, se da nova decisão também couber recurso no sentido estrito, porque esse pedido é novo recurso.

Sobem nos próprios autos principais os casos de recurso contra decisões terminativas, em que não há necessidade de prosseguimento do processo, e que são, entre outros, os dos incisos I, III, IV, VI, VIII e X. Sobem por traslado ou instrumento os demais, ou sempre que houver mais de um réu e algum deles não recorrer.

Os recursos serão julgados pelo mesmo tribunal competente para o julgamento do mérito da infração a que se refere o processo (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal), salvo o recurso contra a decisão que incluiu ou excluiu jurado da lista geral, caso em que o julgamento será feito pelo Presidente do Tribunal de Justiça ou Presidente do Tribunal Regional Federal, em se tratando de crime da competência do júri da Justiça Federal.

O art. 582 traz mais duas curiosas ressalvas quanto ao julgamento pelo que se denominava Tribunal de Apelação. Essas ressalvas, porém, não têm aplicação, parecendo referir-se a situações de organização judiciária hoje superadas, ou ao entendimento de que a medida contra a decisão da autoridade policial que nega a fiança seria o recurso para o juiz. Como se expôs no capítulo próprio, negada a fiança pela autoridade policial, faz-se pedido direto ou originário ao juiz, que não tem natureza de recurso. Se a decisão, porém, é do juiz, o recurso será mesmo para o tribunal de segundo grau, cuja competência é determinada pela natureza da infração.

O Código prevê prazos para a extração do traslado e para a remessa dos autos ao tribunal. Esses prazos, porém, são prazos impróprios porque não prejudicam o conhecimento do recurso desde que interposto no prazo legal, sendo o prazo de interposição o único prazo próprio no caso.

Prazo próprio é aquele cujo descumprimento acarreta a preclusão ou a impossibilidade da prática do ato. Prazo impróprio é o que não tem essa consequência, podendo, contudo, ter outras, como sanções administrativas.

Como já se antecipou, alguns incisos do art. 581 estão derogados porque a situação não existe mais no direito material em virtude da vigência da nova Parte Geral do Código Penal, e outros estão substituídos pelo agravo da Lei de Execução Penal, o que equivale à derrogação.

Estão revogados ou substituídos:

1. o inciso XI, porque a concessão ou negativa da suspensão condicional da pena é, agora, sempre na sentença, estando, pois, o recurso no sentido estrito absorvido pela apelação (art. 593, § 4º), e a revogação da suspensão é incidente da execução;

Apesar da imprecisão da lei, que dá a entender que a execução somente se inicia com a prisão e expedição da guia de recolhimento, há execução da pena sem ela, como no caso do texto ou da aplicação de medidas substitutivas da pena privativa da liberdade. As decisões proferidas sobre incidentes nesses casos são da execução e são agraváveis, ainda que proferidas fora das Varas Especializadas de Execução.

2. o inciso XII, porque o livramento condicional é sempre decidido na execução;

3. os incisos XIX, XX, XXI, XXII, XXIII e XXIV, porque as situações não existem mais, e hipóteses assemelhadas, quando ainda existentes, como a do inciso XXIV, são também da execução.

Chegou a haver polêmica a respeito do inciso XVII (decisão sobre a unificação de penas), sobre a detração penal e sobre a reabilitação. Nos dois primeiros casos porque o incidente de unificação de pena ou a detração penal não são previstos na Lei de Execução Penal, o que justificaria manter-se o cabimento do recurso no sentido estrito no caso da unificação, e a apelação no de detração, esta porque a decisão teria força de definitiva (art. 593, II), sem previsão no rol do art. 581. Quanto à reabilitação, haveria, pelo mesmo argumento, sobrevivência do recurso de ofício previsto no art. 746, porque estaria mantido o capítulo do Código diante da omissão da Lei de Execução Penal.

Nosso entendimento, porém, é o de que nas três hipóteses o recurso cabível passou a ser o agravo, com o conseqüente desaparecimento do recurso de ofício na reabilitação. Em primeiro lugar porque os três são incidentes da execução, ficando, pois, regidos pela previsão do art. 197 da Lei de Execução, ainda que os incidentes nela não estejam disciplinados; em segundo lugar porque a hermenêutica não admite a sobrevivência de lei anterior se a lei nova regulou toda a matéria; em terceiro lugar, no caso específico do recurso de ofício da decisão concessiva da reabilitação, porque esse instituto é anômalo, tendo o Supremo Tribunal Federal, sempre

que possível, adotado interpretação restritiva a respeito dele, como aconteceu com o entendimento sobre o recurso de ofício em matéria de tóxicos, considerado revogado porque a lei especial não o previu, ou, na área cível, a inexistência de reexame necessário se a condenação for de autarquia e não da Fazenda enquanto administração direta; em quarto lugar, ainda quanto à reabilitação, porque não consta ela do rol das causas extintivas da punibilidade da nova Parte Geral do Código Penal, hipótese que justificava o recurso no sentido estrito que, no caso, seria de ofício.

Examinemos, porém, as hipóteses de admissibilidade do recurso no sentido estrito, em vigor, do art. 581 e de leis especiais, lembrando, apenas, que, ao se afirmar que de determinada decisão não cabe recurso, isso significa que a matéria não preclui e poderá ser reexaminada como preliminar de apelação. Como se observará, o Código enumerou os casos de recurso no sentido estrito com lógica: se a decisão não causa grave prejuízo à parte e pode voltar a ser reexaminada por ocasião da apelação, não cabe recurso no sentido estrito; se, todavia, é terminativa ou tem grande repercussão processual, dá-se o recurso para que possa ser examinada mesmo antes da sentença final.

Cabe o recurso:

1. *Da decisão que não recebe a denúncia ou a queixa.* Entende-se, também, admissível, da decisão que rejeita o aditamento dessas peças, que denúncia ou queixa são, e também da decisão que as recebe alterando a classificação, porque é o mesmo que rejeitar a que foi originalmente oferecida. Da decisão que recebe a denúncia

ou queixa não cabe recurso, mas a legalidade e a justa causa do ato podem ser examinadas por *habeas corpus*.

2. Da decisão que concluir pela incompetência do juízo. A hipótese refere-se ao reconhecimento da incompetência de ofício ou após exame de objeção da parte. Se a decisão ocorrer na exceção, a hipótese de cabimento é a do inciso III do art. 581.

3. Da decisão que julga procedentes as exceções, salvo a de suspeição. Se a decisão as julga improcedentes não cabe recurso, mas, se desatendeu pretensão do réu, a sua legalidade pode ser atacada por via de *habeas corpus* contra o ato do juiz. A ressalva da exceção de suspeição é feita porque a sua decisão não é do juiz de primeiro grau, não se aplicando, pois, o recurso no sentido estrito.

4. Da decisão que pronuncia o réu. A Lei n. 11.689/2008 alterou o art. 581, IV, deixando de prever o recurso contra a decisão de impronúncia, porque o art. 416, com a redação da mesma lei, prevê para o caso a apelação. A decisão de desclassificação equivale à impronúncia, logo, também admitia-se o recurso com o mesmo fundamento legal, o que não é mais possível. Como a decisão de desclassificação envolve uma declaração de incompetência, admitir-se-á o recurso no sentido estrito com fundamento no inciso II do art. 581. Da decisão que absolve sumariamente o réu no procedimento do júri, conforme previsto no atual art. 415, o recurso também deixou de ser no sentido estrito e passou a ser o de apelação. De tal decisão o juiz recorre de ofício (art. 574), mas pode haver recurso voluntário do Ministério Público, do querelante, se se tratar de ação penal privada subsidiária, e do assistente, supletivamente. Todavia, o

recurso voluntário não será conhecido porque o exame de ofício o precede e tem efeito devolutivo amplo, tornando prejudicadas as questões nele suscitadas. O recurso voluntário, porém, tem a utilidade de permitir às partes a produção de razões, que não existem no chamado "recurso de ofício", e a de preparar argumentos para o plenário do júri se a decisão for reformada.

5. *Da decisão que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, a que relaxar a prisão em flagrante ou conceder a liberdade provisória*^[155]. O decreto de prisão preventiva ou a negativa da concessão da liberdade provisória são irrecorríveis, mas a sua legalidade pode ser verificada por meio de *habeas corpus*. Todavia, no procedimento do Decreto-Lei n. 201/67 cabe recurso no sentido estrito, observando-se que, com a competência originária do Tribunal de Justiça instituída pela Constituição de 1988 para julgamento do prefeito, o recurso não será propriamente no sentido estrito, o qual pode ser substituído pelo agravo regimental, porque contra a decisão do relator e sendo Tribunal *ad quem* o Tribunal de Justiça. O agravo tem a mesma natureza do recurso no sentido estrito, inclusive quanto ao juízo de retratação.

6. *Da decisão que julga quebrada a fiança ou perdido o seu valor.* Observe-se, apenas, que essas decisões sobre a fiança, como as demais, se forem integrantes da sentença, serão absorvidas, quanto ao recurso, pela apelação (art. 593, § 4º).

7. *Da decisão que decreta ou indefere o pedido de reconhecimento da extinção da punibilidade.* Na redação do Código,

a prescrição, não se sabe por que, foi destacada expressamente entre as causas extintivas da punibilidade, mas o dispositivo se aplica a todas, evidentemente.

No caso de decretação da extinção da punibilidade, pode o acusado recorrer para pleitear a decisão absolutória de mérito?

A jurisprudência tem afirmado que não, porque a extinção da punibilidade é de ordem pública e não depende da vontade do acusado. Há, porém, outra razão de ordem técnica processual: extinta a punibilidade, desaparece a possibilidade, sequer em tese, de aplicação da lei penal, cessando, em consequência, a jurisdição do juiz penal. As questões remanescentes à extinção da punibilidade são todas civis, inclusive a referente ao dano moral, e deverão ser suscitadas perante o juízo cível. A sentença do juiz penal pode ter consequências civis, mas como decorrência da aplicação da lei penal; se esta não é mais aplicável, como no caso da extinção da punibilidade, não pode o juiz penal pronunciar-se sobre questões civis, ainda que indiretamente decorrentes de um fato imputado como crime.

8. Da decisão que concede ou nega a ordem de "habeas corpus". Na decisão concessiva o juiz remete, de ofício, os autos ao tribunal, cabendo, também, o recurso voluntário do Ministério Público, aplicando-se a observação referente ao seu conhecimento apresentada quanto ao recurso da absolvição sumária. Se a decisão concessiva ocorrer em segundo grau de jurisdição, o recurso cabível será o recurso ordinário constitucional, conforme adiante se exporá no item referente aos recursos para os tribunais superiores. Da

decisão denegatória, cabe o recurso voluntário do impetrante ou do paciente. O recurso será igualmente cabível se a decisão considerar o *habeas corpus* prejudicado[156], porque julgá-lo prejudicado equivale a negá-lo.

9. *Da decisão que anular a instrução criminal, no todo ou em parte.* Esse recurso não tem efeito suspensivo e sobe por instrumento. Da decisão que rejeita pedido de anulação não cabe recurso, mas a questão pode voltar a ser apresentada em preliminar de apelação.

10. *Da decisão que incluir jurado na lista geral ou dela excluir.* Trata-se da decisão que fixa a lista de jurados que, posteriormente, serão sorteados para a formação do Tribunal do Júri, referida no art. 439 do Código. O prazo é especial, de 20 dias, e o julgamento é feito pelo Presidente do Tribunal de Justiça. Mas quem pode recorrer? O Ministério Público, sem dúvida, como fiscal da lei. E, também, o jurado excluído ou incluído e os advogados em geral, porque em sua atividade profissional se inclui a de velar pela regularidade da constituição dos órgãos jurisdicionais. Igual atribuição cabe, em especial após a Constituição de 1988, à Ordem dos Advogados do Brasil.

11. *Da decisão que denegar a apelação ou que a julgar deserta.* Cabe o recurso, também, da decisão que, por qualquer razão, nega seguimento à apelação, ainda que com denominação diversa, porque o efeito é o mesmo. Quanto aos efeitos do recurso neste caso, *vide* item 74.4.

12. *Da decisão que ordena a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial.* Da decisão que nega a suspensão não cabe recurso, mas a questão será apreciada por ocasião da apelação, com as observações feitas no item referente às questões prejudiciais.

13. *Da decisão que resolve o incidente de falsidade.* Como já se comentou no capítulo próprio, esse recurso não tem utilidade prática, porque o que foi resolvido no incidente será um dos elementos da fundamentação da sentença e que poderá ser revisto por ocasião da apelação. É possível sustentar que o recurso tem por finalidade evitar a preclusão da questão resolvida no incidente, mas como a decisão nele proferida não faz coisa julgada, se contrária à prova ou ao direito, poderá ser reexaminada por ocasião da apelação.

78. APELAÇÃO

A apelação é o recurso ordinário por excelência, porque admite, com a maior amplitude, o exame das questões de fato e de direito discutidas no processo, ainda que não examinadas por inteiro na sentença.

No processo penal, são poucas as questões anteriores à sentença que precluem, porque a correta aplicação da lei penal é de ordem pública, como também é de ordem pública a ampla defesa. Assim, salvo os casos de sanação por falta de impugnação no momento oportuno, como se viu no capítulo sobre as nulidades, em princípio, todas as demais questões são relevantes para a decisão.

Poderá, também, ser discutido na apelação fato ou direito superveniente, desde que favorável ao acusado. Prova nova é admissível bilateralmente, desde que se respeite o contraditório, ou seja, que a parte contrária tenha oportunidade de contrariá-la.

Como já se disse no item referente aos princípios que regem os recursos, o sistema brasileiro adota o princípio da proibição da *reformatio in pejus* e do *tantum devolutum quantum appellatum*, especialmente aplicáveis à apelação. Isso quer dizer que o tribunal, quanto à extensão do recurso, fica limitado ao pedido nele contido, não podendo ampliá-lo e, muito menos, agravar a situação de quem recorreu como decorrência de seu próprio recurso. Todavia, para o exame do que foi pedido, o tribunal está autorizado a rever, em profundidade, todas as questões antecedentes logicamente necessárias à sua apreciação. Como já se comentou, somente em hipóteses muito especiais tem sido admitida a *reformatio in mellius*, que seria a outorga de benefício ao réu no recurso exclusivo da acusação, ou a "*reformatio in pejus*" benéfica, que é o agravamento aparente da situação do réu para possibilitar a concessão de algum benefício maior no plano prático, como, por exemplo, pequeno aumento de pena para viabilizar o protesto por novo júri. Tais situações, porém, além de excepcionais, não têm apoio técnico processual. Como decorrência, ainda, daqueles princípios o Supremo Tribunal Federal não admite o reconhecimento, contra o réu, de nulidade não arguida expressamente no recurso da acusação, conforme foi comentado quanto à Súmula 160.

Pode o acusado apelar para mudar a fundamentação da sentença absolutória, por exemplo, da falta de prova para a legítima defesa? Ou pode a acusação apelar para alterar a classificação do delito?

Em ambas as hipóteses entendemos que não.

No primeiro caso porque, tendo ocorrido a absolvição, a questão remanescente é exclusivamente civil, devendo ser suscitada na área cível, não tendo mais a Justiça Penal competência para examiná-la. Diferente, porém, é a hipótese se o juiz concedeu o perdão judicial, tendo o acusado interesse penal na absolvição, porque a sentença que concede o perdão judicial tem natureza condenatória. No segundo caso porque não existe sucumbência quanto à simples classificação legal, salvo se a nova classificação puder levar à aplicação de pena maior ou mais grave.

A apelação se denomina *principal* quando interposta pelo Ministério Público enquanto órgão acusador e *subsidiária* ou *supletiva* quando interposta pelo assistente. A expressão *apelação principal* também se usa para indicar o recurso contra a sentença de condenação ou de absolvição, prevista no art. 593, I e III, e *apelação subsidiária* para indicar o recurso contra as demais decisões definitivas ou com força de definitivas, previstas no inciso II do mesmo artigo.

A apelação pode ser *plena*, atingindo toda a matéria que gerou sucumbência, ou pode ser *parcial* ou *limitada* se abrange apenas parte dela. Se a parte apenas apela, sem indicar especificamente a limitação de seu objeto, presume-se que a apelação seja plena. A limitação da apelação, de regra, é voluntária, feita expressamente

pelo apelante, mas decorre da lei no caso da apelação da sentença do Tribunal do Júri, cuja matéria é definida nas alíneas do inciso III do art. 593.

Questiona-se se o Ministério Público pode, ou não, limitar o âmbito da apelação nas razões, sem referência a que seja parcial na petição ou termo de interposição. Se se entender que as razões integram a manifestação de vontade da interposição, a resposta será positiva. Se se entender que a vontade está na petição ou termo de interposição, sendo as razões meramente explicativas, se na interposição o Ministério Público não fez limitação, sua apelação é plena, não podendo ocorrer limitação posterior, que equivaleria à desistência parcial, não podendo o Ministério Público desistir do recurso, no todo ou em parte. Cremos, porém, que a solução para a questão não pode ser rígida ou uniforme. Deve resultar da análise mais profunda da vontade de recorrer, porque pode acontecer que, mesmo não havendo expressa menção, na petição ou no termo, a vontade da limitação do recurso possa resultar de outros elementos, de forma a se poder concluir que as razões nada reduziram ou nela de nada se desistiu. Se não for possível aferir a limitação desde a interposição, deve prevalecer a apelação ampla.

O art. 593 prevê três hipóteses de cabimento da apelação:

I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

II – das decisões definitivas ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular, e para as quais seja previsto pela lei recurso no sentido estrito. Já se colocou em dúvida a existência

desse tipo de decisão no processo penal. Todavia há decisões que têm essa natureza, como, por exemplo, a que determina o cancelamento do sequestro, porque resolve o incidente em caráter definitivo, em seu mérito, ainda que parcial, sem que a questão possa ser renovada. A que defere o sequestro não é, todavia, apelável, porque não tem força de definitiva, uma vez que pode ser reexaminada posteriormente. É também apelável a decisão que indefere o pedido ou cancela a especialização da hipoteca legal;

III – das decisões do Tribunal do Júri, nas seguintes hipóteses e condições:

a. se ocorrer nulidade posterior à pronúncia. Neste caso, se procedente a arguição do Tribunal de Justiça, decreta a nulidade do julgamento, remetendo o réu a novo júri. Essa hipótese pode ocorrer mais de uma vez, se no novo julgamento ocorrer novamente nulidade;

b. se for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, como por exemplo se o juiz aplicou a pena de detenção, se a cominada era a de reclusão, ou se o júri reconheceu uma qualificadora e o juiz não a consignou na sentença com a repercussão nos limites penais. Nesses casos, se procedente o pedido, o Tribunal de Justiça corrige o defeito, aplicando a lei corretamente ou modificando a sentença para o que foi efetivamente decidido pelos jurados;

c. se houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança. Neste caso, procedente a apelação, o tribunal faz a correção devida;

d. se a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Esta hipótese é denominada *apelação pelo mérito* e, em virtude da preservação da soberania dos vereditos, somente pode ser, por esse motivo, utilizada *uma vez*. Qualquer que seja a parte que interpôs a apelação pelo mérito, se conhecida e provida, esgota-se a via recursal e não pode ser interposta, pelo mesmo motivo, posteriormente, por qualquer das partes, quer o segundo julgamento tenha repetido o primeiro, quer tenha sido diferente, e ainda que a apelação anterior tenha sido de apenas parte da decisão. Interposta a apelação porque a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, se tiver razão o apelante, o tribunal anula o julgamento e remete o réu a novo júri. Tendo em vista a indivisibilidade da sessão de julgamento, ainda que a apelação tenha sido parcial, o novo julgamento será integral, não se podendo apelar pelo mérito da segunda decisão provocada por apelação anterior pelo mérito. Isto significa, também, que o segundo julgamento poderá ser atacado nas outras alíneas do inciso III do art. 593, mas não mais pela alínea *d*. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é a que afronta a corrente probatória dominante e inequívoca dos autos, no sentido da condenação ou da absolvição. Se os autos contêm duas correntes ou versões probatórias, a decisão não será manifestamente contrária à prova dos autos e não será anulada.

Como se disse quanto aos demais recursos, os efeitos da apelação, no Código, são disciplinados de maneira indireta, pela situação prisional do acusado.

Estando ele preso, se a sentença for absolutória, será imediatamente colocado em liberdade (art. 596), o que significa que a apelação da acusação nunca tem efeito suspensivo. Na redação anterior do Código havia hipóteses em que a apelação da sentença absolutória tinha efeito suspensivo, porque mantinha o acusado na prisão. Com a redação atual o recurso da acusação nunca tem efeito suspensivo, sendo sempre o acusado colocado imediatamente em liberdade. Com isso perdeu seu conteúdo o art. 318 do Código, conforme se comentou no capítulo sobre prisão e liberdade provisória. A mesma regra se aplica se o acusado estiver preso e for concedido algum benefício penal, como a prisão-albergue ou uma desclassificação para infração que admita a suspensão condicional da pena. Esse benefício tem eficácia imediata, e a apelação da acusação não suspende os seus efeitos. Tem havido impetração de mandado de segurança perante o tribunal, para se obter efeito suspensivo da apelação da acusação nesses casos. Todavia, nosso entendimento, ainda que, na prática, tenha sido admitido, é o de que o mandado de segurança não pode prosperar, porque não há dano irreparável e não há direito líquido e certo à obtenção de um efeito que a lei não preveja.

Se a sentença é condenatória e o acusado estiver solto, o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta (parágrafo único do art. 387).

A apelação deve ser interposta no prazo de 5 dias, contados da intimação, por petição ou por termo. O prazo é de 15 dias se se trata de apelação do ofendido ou seus sucessores não habilitados como assistentes, se o Ministério Público não apelou, correndo o prazo imediatamente após o fim do prazo do Ministério Público. Se o ofendido ou sucessores estavam habilitados como assistentes, o seu prazo é de 5 dias e corre ele de sua intimação, conforme comentado quando se examinou a Súmula 448 do Supremo Tribunal Federal no item 58, sobre o assistente.

Interposta a apelação, valendo como tal qualquer manifestação inequívoca da vontade de recorrer, como a colhida e certificada pelo oficial de justiça ao intimar o acusado, é aberta vista para razões pelo prazo de 8 dias se se tratar de crime, e de 3 se se tratar de contravenção, no sistema do Código. As contravenções, na atualidade, têm o seu procedimento regido pela Lei n. 9.099/95, em que a apelação tem o prazo de 10 dias e deve ser acompanhada de razões. O prazo exclusivamente das razões é prazo impróprio, porque não acarreta a preclusão. Não se desentranharão razões, ainda que intempestivas. Em seguida, por igual prazo, abre-se vista à parte para contrarrazões.

Com as razões ou sem elas, os autos são remetidos ao Tribunal de Segundo Grau conforme a respectiva competência, segundo a letra do Código. Há decisões, porém, determinando o retorno dos autos para a apresentação de razões e/ou contrarrazões, porque são importantes peças de defesa e, para o Ministério Público, dever funcional.

A apelação sobe com os autos, salvo se houver mais de um réu e não houverem sido todos julgados ou se apenas algum apelou, caso em que a apelação subirá em traslado.

As partes (entenda-se a defesa, porque o Ministério Público, por dever funcional, não pode fazê-lo) podem, ao interpor a apelação, requerer que sejam oferecidas as razões perante o tribunal, em segunda instância. Nesse caso, subindo os autos, será aberta vista na secretaria do tribunal, atuando pelo Ministério Público promotor designado, sem prejuízo da posterior manifestação da Procuradoria de Justiça.

Em todos os recursos, aliás, manifesta-se em segundo grau a Procuradoria-Geral da Justiça. Sendo o caso de recurso no sentido estrito, ou se a infração é contravenção ou crime apenado com detenção, o relator manda diretamente o processo a julgamento, sem revisor. Na sessão de julgamento, poderão as partes fazer sustentação oral, após o relatório e antes do voto do relator.

Durante julgamento, ou antes dele, o relator ou o tribunal poderão determinar diligências, tais como reinterrogar o acusado ou reinquirir testemunhas.

Outras normas de procedimento recursal nos tribunais são encontradas nos respectivos Regimentos Internos.

79. PROTESTO POR NOVO JÚRI

O protesto por novo júri era recurso privativo da defesa, se a sentença condenatória, em primeiro grau de jurisdição, fosse de

tempo igual ou superior a 20 anos de reclusão, não podendo em caso algum ser feito mais de uma vez.

Era veementemente criticado pela doutrina porque, no sistema do Código, quem aplica a pena é o juiz-presidente, e não os jurados.

A Lei n. 11.689/2008 revogou a figura que deixou, portanto, de constar do rol de recursos cabíveis no processo penal brasileiro.

Em termos de direito intertemporal, a extinção do recurso aplica-se desde logo, inclusive para os casos já julgados e em que, pela lei anterior, haveria a possibilidade do recurso. Não há direito adquirido a um recurso futuro que não existe mais na sistemática processual. Serão respeitados apenas os pedidos feitos antes da vigência da nova lei.

80. DOS EMBARGOS

80.1. Embargos de declaração

No capítulo próprio, o Código prevê somente o recurso de embargos de declaração contra os acórdãos, no prazo de 2 dias, contado da sua publicação, quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

O art. 382 prevê a mesma possibilidade, sem dar o nome de embargos, quanto à sentença de primeiro grau.

Os embargos de declaração não suspendem o prazo dos demais recursos, de modo que não deve a parte aguardar o seu julgamento para a interposição de outro recurso cabível contra o acórdão, como o especial ou o extraordinário.

Os embargos deverão ser interpostos por petição, de que constem os pontos em que o acórdão é ambíguo, obscuro, contraditório ou omissivo. O relator poderá indeferi-lo de plano se manifestamente incabível, cabendo, dessa decisão, agravo regimental para a câmara ou turma que examinará apenas o seu cabimento. Recebido pelo relator, será colocado em julgamento na primeira sessão, independentemente de revisão.

A ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, podem, para ser resolvidas, implicar modificação do julgado, dizendo-se, então, que os embargos de declaração têm efeito infringente. Não se tem admitido esse efeito, porém, para aumentar a pena, devendo, nesse caso, ser usado outro recurso cabível. Cremos, porém, que a distinção não se justifica, porque é preferível corrigir o erro nos embargos a levar à decretação da nulidade do acórdão no recurso especial.

80.2. Embargos infringentes

Cabem embargos infringentes ou de nulidade da decisão de segundo grau, no todo ou em parte não unânime, desfavorável ao acusado, proferida em recurso no sentido estrito e na apelação. O recurso não era previsto na redação original do Código, tendo sido acrescentado como um parágrafo único do art. 609.

A alternativa "infringentes ou de nulidade" significa que a matéria pode referir-se tanto ao mérito quanto à nulidade, desde que a questão tenha sido decidida de maneira não unânime. Se a decisão for somente em parte por maioria, somente sobre essa parte é que poderá incidir o recurso, devendo a parte, quanto ao mais, interpor,

concomitantemente, o recurso especial e o extraordinário, se for o caso.

A divergência, para ensejar os embargos, deve referir-se ao dispositivo do acórdão, não ensejando o recurso eventual divergência na fundamentação ou apenas constante da ata de julgamento.

A interposição só é admissível se o acórdão foi proferido em recurso no sentido estrito e na apelação, em virtude de sua vinculação ao art. 609, que trata do procedimento em segundo grau desses recursos. Não cabem os embargos, pois, em *habeas corpus* e revisão criminal, existindo decisões inadmitindo, também, em agravo previsto na Lei de Execução Penal.

Os embargos infringentes são recurso privativo da defesa. No Código de Processo Penal Militar a possibilidade do recurso é bilateral.

Há acórdão do Supremo Tribunal Federal não conhecendo recurso extraordinário do Ministério Público porque não houve por parte deste interposição de embargos infringentes. A decisão, porém, é manifestamente equivocada por afrontar expressa disposição legal.

Os embargos infringentes devem ser interpostos no prazo de 10 dias, contados da publicação do acórdão. Na falta de disposição expressa entende-se que o prazo de resposta é o mesmo.

80.3. Embargos de divergência

A Lei n. 8.038/90 prevê a possibilidade de *embargos* das decisões da turma que divergirem, em recurso especial, da decisão de outra turma, da seção ou do órgão especial. Esses embargos, denominados *embargos de divergência*, devem ser interpostos no prazo de 15 dias, com o procedimento previsto no regimento interno do Tribunal.

O recurso é extraordinário, porque somente pode ventilar matéria de direito.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê recurso idêntico nesse tribunal.

81. DA CARTA TESTEMUNHÁVEL

Muito se questionou da natureza, ou não, da carta testemunhável como recurso. A polêmica, porém, se encerra na medida em que se define o conceito de recurso. Nos termos do conceituado na parte geral dos recursos, a carta testemunhável é recurso porque contém um pedido de nova decisão, com modificação de decisão judicial anterior que denegou o recurso no sentido estrito, dirigido a outro órgão jurisdicional, o órgão competente para julgá-lo, dentro do mesmo processo.

Cabe o pedido de carta testemunhável da decisão que denega o recurso no sentido estrito ou que obsta sua expedição ou seguimento para o juízo *ad quem*.

Sua finalidade é a de evitar que o juiz possa subtrair algum inconformismo do conhecimento do tribunal. O Código de Processo Civil substituiu a carta testemunhável pela proibição de o juiz negar

seguimento ao agravo, ainda que intempestivo, possibilitando à parte requerer ao presidente do tribunal a requisição dos autos se, a despeito da proibição legal, o juiz negar-lhe seguimento. Essa alternativa ocorre, no processo penal, se o escrivão negar-se a extrair o instrumento da carta.

A extração da carta testemunhável é requerida ao escrivão em 48 horas, com a indicação das peças que deverão ser trasladadas. Como se disse, se houver recusa do escrivão, por qualquer pretexto, poderá haver reclamação ao presidente do tribunal *ad quem*, que avocará os autos e aplicará sanções administrativas aos faltosos.

As referências do Código à secretaria do tribunal tinham razão de ser porque a carta testemunhável era admissível quando denegado o recurso extraordinário. Essas referências estão todas derogadas porque da decisão denegatória do recurso extraordinário cabe agravo de instrumento, conforme adiante será exposto.

Extraído e autuado o instrumento, adotar-se-á o procedimento do recurso no sentido estrito, com vista para contraminuta e despacho de sustentação ou reforma. No tribunal *ad quem*, a decisão poderá ser a de mandar subir o recurso denegado ou, se suficientemente instruído, desde logo julgá-lo como se tivesse subido regularmente.

82. DOS RECURSOS PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES

82.1. Recurso ordinário

Na área penal, nos termos do previsto nos arts. 105, II, e 102, II, da Constituição da República, cabe recurso ordinário:

I – para o Superior Tribunal de Justiça: da decisão denegatória de *habeas corpus*, decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios;

II – para o Supremo Tribunal Federal:

a. da decisão denegatória de *habeas corpus*, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores;

b. no caso de crime político.

Antes de qualquer consideração, cabe consignar que a referência a crime político na Constituição somente pode dever-se a um engano abominável. O crime político não existe nem pode existir. Seria o crime de opinião, o qual, se existisse, abalaria os princípios de liberdade de pensamento e de manifestação ideológica tão ardorosamente desejados pela sociedade brasileira. Aliás, é proibida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LII). Seria ele, então, punido aqui?! Ou seria um brasileiro punido pela opinião, se é livre a manifestação do pensamento? A referência do art. 102, II, *b*, ao crime político deve ser simplesmente desconsiderada, porque a hipótese não existe nem pode existir.

O recurso ordinário, pela sua denominação e natureza, admite a análise e revisão de toda a matéria da decisão anterior, inclusive a de fato, se for necessário e possível. Absorve ele, portanto, a matéria que poderia ensejar o recurso especial e, se for do Superior

Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, a), a matéria que ensejaria recurso extraordinário. Após o julgamento do recurso ordinário no Superior Tribunal de Justiça pode haver, ainda, a interposição do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, se remanescer questão constitucional. No caso, não se aplica a interposição concomitante que ocorre com o especial e o extraordinário, porque estes somente podem ser interpostos *depois* de esgotados os recursos ordinários.

Não pode ele ser substituído por impetração originária de *habeas corpus*. Ou seja, não pode o interessado abandonar o *habeas corpus* original no tribunal de segundo grau e pretender impetrar outro diretamente no Superior Tribunal de Justiça. Isso porque o tribunal de segundo grau, tendo denegado a ordem, não se torna, por essa razão, autoridade coatora, de modo que o Superior Tribunal de Justiça (ou o Supremo se a denegação originária foi no Superior Tribunal de Justiça) não é competente para apreciar impetração originária. Em caráter excepcional, todavia, e nem sempre tão excepcional, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal têm admitido a impetração originária substitutiva do recurso ordinário cabível.

O recurso ordinário é um recurso *secundum eventum litis* porque somente pode ser interposto da decisão denegatória de *habeas corpus*; da concessiva, o Ministério Público poderá interpor o recurso extraordinário e o especial, se for o caso.

O recurso ordinário, nas hipóteses acima referidas, será interposto no prazo de 5 dias, contados da intimação pela imprensa oficial,

como qualquer recurso em segundo grau, que não depende de intimação pessoal.

82.2. Recurso especial

O recurso especial foi criado pela Constituição de 1988, decorrente da criação do Superior Tribunal de Justiça, cabível em hipóteses que eram do recurso extraordinário, que ficou reservado para as questões constitucionais.

Sua interposição está disciplinada pela Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.

O recurso especial pertence à categoria dos recursos extraordinários, que somente podem fundar-se em matéria de direito federal. E como o seu nome diz, sua impetração é de direito estrito, valendo, pois, para ele, as interpretações vigorantes anteriormente para o recurso extraordinário, com a ressalva que adiante se apontará.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III) “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a.** contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b.** julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c.** der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Apesar de um pouco mais amplo que o anterior recurso extraordinário, nas situações semelhantes às acima apontadas, o recurso especial também é um recurso de cabimento estrito, cujos pressupostos especiais, somando-se aos gerais, tornam restritas as hipóteses em que será conhecido.

A modificação mais profunda em relação à sistemática anterior refere-se a não mais existir a possibilidade de restrições adicionais que eram estabelecidas pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A nova realidade obrigará os tribunais a interpretarem o cabimento do recurso diretamente do texto constitucional, já que foram abolidas as restrições regimentais, entre as quais se destacava a da exigência de que, no caso de negativa de vigência de tratado ou lei federal e no de divergência de interpretação, ocorresse a relevância da questão federal. A interpretação, contudo, continuará a ser estrita porque o recurso, como o nome diz, é especial.

É possível, além dos pressupostos recursais gerais, dividir os pressupostos do recurso especial em duas categorias: pressupostos prévios ou preliminares e pressupostos relativos aos permissivos constitucionais.

São pressupostos prévios ou preliminares:

a. A decisão recorrida necessariamente deve ter sido proferida por tribunal. Não se admitirá recurso especial contra decisão de juízo de primeiro grau.

b. Só cabe recurso especial se foram esgotados os recursos ordinários, inclusive os embargos infringentes perante os tribunais,

se cabíveis, de modo que a parte não pode abandonar ou deixar de utilizar os recursos ordinários para querer, desde logo, interpor o especial.

c. Somente é admissível o recurso especial se a matéria foi expressamente examinada pelo tribunal, ou seja, foi *prequestionada*. O requisito do prequestionamento, que é da tradição do direito brasileiro em matéria de recursos aos Tribunais Superiores, está consagrado pelas Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, que eram relativas ao recurso extraordinário, mas que continuam adequadas ao recurso especial e ao próprio recurso extraordinário. O prequestionamento refere-se à matéria objeto do recurso e, também, ao fundamento da interposição. Não é possível, portanto, a apresentação de matéria ou fundamentos novos, por mais relevantes que sejam, que não tenham sido objeto de exame expresso na decisão recorrida do tribunal *a quo*. Se necessário, para que a matéria ou fundamento fiquem prequestionados, a parte pode interpor embargos de declaração, a fim de eliminar o ponto omissis. Somente em duas situações dispensa-se o prequestionamento: no caso de o fundamento novo aparecer exclusivamente no próprio acórdão recorrido, como, por exemplo, se o acórdão julga *extra* ou *ultra petita* sem que esse fato tenha ocorrido na sentença; e se, a despeito da interposição dos embargos de declaração, o tribunal se recusa a examinar a questão colocada.

d. É admissível o recurso especial tanto para as questões de mérito quanto para as questões processuais não preclusas, cabendo, portanto, contra acórdão proferido em apelação, agravo de

instrumento, embargos infringentes em segundo grau, ação rescisória ou nos processos de competência originária dos tribunais.

e. Só é admissível o recurso especial se o seu fundamento é matéria de direito, não cabendo se o erro ou injustiça imputados ao acórdão forem decorrentes de má apreciação da matéria de fato. Observe-se, porém, que o erro sobre critérios de apreciação da prova ou errada aplicação de regras de experiência são matéria de direito, e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial.

f. A matéria que pode servir de fundamento para o recurso especial somente pode ser de interpretação ou aplicação de direito federal. Questões relativas ao direito estadual ou municipal não ensejam recurso especial.

g. É rigorosa a exigência da regularidade procedimental. Qualquer falha na forma de interposição inviabiliza o recurso. Assim, não serão conhecidos recursos que não contiverem as respectivas razões, ou que não indicarem expressamente o dispositivo legal federal violado, ou mesmo o permissivo constitucional.

São pressupostos pertinentes aos permissivos constitucionais:

a. A decisão deve contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência. A contrariedade à lei é bastante ampla, abrangendo, aliás, a negativa de vigência. Contrariar a lei é, além de negar vigência, também interpretar erradamente. A segunda parte do permissivo, negar vigência a tratado ou lei federal, era o que constava da Constituição anterior, exatamente para que se restringisse o cabimento do recurso, sendo compatível com o preceituado na Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, que afirmava não ser

admitido o recurso extraordinário se a interpretação dada à lei federal tinha sido razoável. Esta súmula, portanto, ficou, em nosso entender, incompatível com a contrariedade à norma federal, porque contrariar é decidir em desacordo com a *mens legis*, e o comando legal não comporta, objetivamente, duas interpretações contraditórias e igualmente aceitáveis. Mesmo quando o permissivo era, apenas, negar vigência, no plano científico-jurídico, a Súmula 400 era inaceitável, justificada, apenas, pela tendência restritiva do cabimento do extraordinário e pela ideia de que a expressão significa menos que a contrariedade. Ainda assim, sempre entendemos que aplicar erradamente a lei também seria uma forma de negar-lhe vigência. Quando o legislador quer admitir a interpretação razoável utiliza a expressão *violar literal disposição de lei*, ou violar “texto expresso da lei” como faz no art. 621, quanto à revisão criminal. A violação literal é o descumprimento frontal, a aplicação da norma contra sua expressa e clara disposição, incorrendo, portanto, se a interpretação foi razoável ou sustentável. A intenção do constituinte, pois, revigorando a expressão *contrariar a lei*, foi de ampliar o cabimento do recurso ao Superior Tribunal de Justiça, atendendo aos reclamos de certas correntes que lamentavam a excessiva rigidez do cabimento do recurso extraordinário. Cremos, contudo, que essa rigidez era, e é, inevitável, sob pena de se inviabilizar os julgamentos, dado o volume de causas que serão submetidas ao Superior Tribunal de Justiça, porque o maior número de leis aplicadas no processo são indubitavelmente as federais. De qualquer maneira cabe a distinção: contrariar a lei significa desatender seu preceito, sua vontade; negar vigência significa declarar revogada ou

deixar de aplicar a norma legal federal. Em ambos os casos a norma federal desatendida pode ser de direito material ou de direito processual, abrangendo, também, a norma regulamentar, desde que em consonância com a lei em sentido estrito formal. Se o regulamento é legítimo e adequado, sua violação significa, conseqüentemente, violação da lei.

V. Súmula n. 86 do STJ: "Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento".

b. O acórdão deve julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face de lei federal. Esta situação é uma espécie de negativa de vigência ou contrariedade à lei federal. Se a decisão recorrida afirmou a validade de lei ou ato local (entenda-se estadual ou municipal) que está confrontando com norma federal é porque deixou de aplicá-la. Prevalecendo o ato ou a lei local é porque foi afastada a federal, daí o cabimento do recurso.

c. Se o acórdão der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. A divergência de interpretação dada à norma federal, para que seja relevante, para fins de recurso especial, deve obedecer aos seguintes requisitos: 1) o acórdão confrontado não pode ser do mesmo tribunal em suas câmaras, turmas ou seções. A divergência interna não enseja recurso especial, exigindo-se decisão de outro tribunal; 2) o acórdão confrontado deve ter sido proferido em última instância ordinária, não valendo como divergente a decisão se no tribunal ainda poderiam caber, por exemplo, embargos infringentes. A divergência pode ser, contudo,

com decisão do próprio Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, porque são *outros tribunais*; 3) a interpretação dada à lei federal pelo acórdão que serve de paradigma de confronto não pode encontrar-se superada no próprio tribunal de origem ou pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. Não se trata de problema ligado à antiguidade da decisão. Esta pode ter sido proferida há muitos anos e será adequada para o confronto se se referir ao mesmo texto legal. O que não se admite é a utilização de jurisprudência ultrapassada, quando o tema já foi interpretado de maneira diferente no próprio tribunal, no Supremo Tribunal ou no Superior Tribunal de Justiça; 4) ainda, a divergência deverá estar explícita no corpo do acórdão e não na ementa, que é meramente explicativa, devendo, também, ter sido a interpretação a razão de decidir; 5) finalmente, para que a divergência seja considerada, é necessário que o acórdão divergente esteja comprovado por certidão ou esteja transcrito em repertório oficial ou reconhecido, cuja referência deve ser expressa, transcrevendo-se os trechos conflitantes.

Súmula 83: “Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Por ser especial, o recurso agora tratado não terá efeito suspensivo, admitindo a expedição de ordem de prisão. Em sentido contrário, assegurou o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 84.078, em 5-2-2009, maioria de votos, por estarem ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, o

direito do paciente de recorrer em liberdade por estar pendente de julgamento recurso especial interposto.

Seu efeito devolutivo será total ou parcial, dependendo da matéria impugnada e da questão que ensejou sua interposição. Todavia é importante observar que, conhecido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça aplica a lei ao caso concreto, não atuando como as Cortes de Cassação do direito francês ou italiano, em que o tribunal, dando provimento ao recurso, anula ou revoga o acórdão recorrido para que o tribunal de origem profira outro, de acordo com a tese jurídica fixada. No sistema brasileiro, conhecido o recurso, o tribunal *ad quem* aplica diretamente a tese ao caso concreto, e a sua decisão substitui a anterior no que foi objeto do recurso.

Nos termos da Lei n. 8.038/90, o recurso será interposto no prazo de 15 dias perante o presidente do tribunal recorrido. Se houver questão constitucional e for interposto recurso extraordinário, deverá sê-lo em petição distinta, concomitantemente.

A petição deverá conter:

- I** – a exposição do fato e do direito;
- II** – a demonstração do cabimento do recurso interposto;
- III** – as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

O recorrido terá o prazo de 15 dias para responder.

Findo esse prazo, o presidente do tribunal recorrido admitirá, ou não, o recurso, segundo os pressupostos acima referidos. Se o recurso for admitido, será remetido ao Superior Tribunal de Justiça. Se for indeferido, cabe agravo de instrumento contra a decisão, no prazo de 10 dias[157]. Por aplicação analógica, o procedimento do

agravo de instrumento é o do Código de Processo Civil, aliás por expressa remissão do § 1º do art. 28 da Lei n. 8.038/90. Se o agravo de instrumento estiver suficientemente instruído e for provido, poderá o tribunal passar diretamente ao julgamento do recurso especial ou extraordinário.

No Superior Tribunal de Justiça, se houve interposição concomitante de recurso extraordinário, após o julgamento, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado pela procedência do primeiro. Se, porém, o relator entender que o recurso extraordinário é prejudicial do especial, em decisão irrecorrível, sobrestará o especial e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento do extraordinário. O relator deste, por sua vez, também em decisão irrecorrível, poderá devolver os autos ao Superior Tribunal de Justiça se entender que não existe a relação de prejudicialidade.

No Superior Tribunal de Justiça, ou no Supremo Tribunal Federal, quanto ao recurso extraordinário, o relator, como órgão unipessoal, poderá indeferir o seguimento ou negar provimento ao recurso, cabendo agravo dessa decisão, para órgão competente para o conhecimento do recurso.

Das decisões da turma que divergirem, em recurso especial, da decisão de outra turma, da seção ou do órgão especial, cabem embargos, denominados *embargos de divergência*, no prazo de 15 dias, com o procedimento previsto no regimento interno do tribunal.

82.3. Recurso extraordinário

O recurso extraordinário ficou reservado para hipóteses de contrariedade à Constituição Federal e casos de negativa de vigência de tratado ou lei federal, por reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Para o recurso extraordinário valem os pressupostos preliminares ou prévios do recurso especial, que não serão repetidos, bastando rever o item anterior, salvo quanto à decisão ter sido proferida por tribunal.

O art. 102, III, da Constituição não mais exige que a decisão recorrida, para fins de recurso extraordinário, tenha sido proferida por tribunal. Basta que tenha sido a única ou última instância, de modo que caberá o recurso no caso dos embargos infringentes da Lei n. 6.830, de 1980, bem como nas decisões irrecorríveis da Justiça do Trabalho, se presente um dos permissivos constitucionais, bem como da turma de juízes prevista no art. 82 da Lei n. 9.099/95. Nesse caso, não caberá o recurso especial, mas admite-se o recurso extraordinário diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Os demais requisitos prévios são aplicáveis, ou seja, devem ser esgotados os recursos ordinários, deve haver prequestionamento, o fundamento deve ser exclusivamente de matéria de direito, a questão deve ser exclusivamente relativa à Constituição Federal e é rigorosa a exigência de regularidade procedimental.

Quanto aos pressupostos relativos aos permissivos constitucionais, são previstas três hipóteses:

a. Se a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal. “Contrariar dispositivo da Constituição” significa que a

decisão deve afrontar norma constitucional expressamente apontada. A referência genérica de ofensa à Constituição não legitima o recurso. É certo que o § 2º do art. 5º consagra o princípio de que o rol de direitos não é taxativo, guardando um grau de generalidade ou amplitude, mas, se se deseja usar esse dispositivo como ensejador do extraordinário, deve haver expressa referência a ele e também ao princípio constitucional que ele agasalha, por exemplo, o princípio federativo, o da autonomia dos poderes, o dos valores da pessoa etc. Não é admissível, ainda, a alegação de inconstitucionalidade indireta, ou seja, a inconstitucionalidade por violação do princípio da legalidade (art. 5º, II), porque teria havido violação de lei federal, estadual ou municipal. A violação da Constituição deve ser direta para permitir o recurso extremo.

b. Se a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Trata-se de um caso de negativa de vigência da lei federal, mediante a declaração de sua inconstitucionalidade, porque o tribunal ou juízo recorrido, ao afastar a aplicação de lei federal por inconstitucional, evidentemente, deixa de aplicá-la.

c. Se a decisão julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. Ao afirmar a validade de ato ou lei de governo local contrariado em face da Constituição Federal a decisão estará afastando a aplicação da Constituição, podendo, portanto, ser inconstitucional, daí o cabimento do extraordinário.

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e o procedimento é o da Lei n. 8.038/90.

CAPÍTULO XV

DO PROCEDIMENTO

83. PROCESSO E PROCEDIMENTO. CLASSIFICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS. DA SUSPENSÃO DO PROCESSO

83.1. Conceitos

O processo é uma entidade complexa que apresenta dois aspectos: o intrínseco ou essencial e o exterior. Na essência, o processo é a relação jurídica que se instaura e se desenvolve entre autor, juiz e réu[158]; na exteriorização o processo se revela como uma sucessão ordenada de atos dentro de modelos previstos pela lei, que é o procedimento.

Essência e exterioridade, porém, são inseparáveis. Não há processo sem procedimento e não há procedimento que não se refira a um processo. Mesmo nos casos de processo nulo ou procedimentos incidentais, o procedimento não existe em si mesmo, mas para revelar um processo, ainda que falho.

O processo, segundo o conteúdo da prestação jurisdicional que tende a produzir, pode ser de conhecimento, de execução e cautelar. O processo de conhecimento tem por fim a decisão sobre uma pretensão e se encerra com a sentença; a finalidade do processo de execução é a satisfação do comando consagrado na sentença; a finalidade do processo cautelar é a da proteção provisória, rápida e emergencial de bens jurídicos envolvidos no processo. As medidas assecuratórias são procedimentos cautelares processuais penais.

Para cada tipo de processo há uma variedade de procedimentos. Como o processo é instrumental, a lei prevê um procedimento adequado a determinadas espécies de questões de direito material, a fim de que, da melhor forma possível, respeitados certos princípios, possa a atividade jurisdicional dar atendimento à eventual lesão de direito alegada pelo autor.

A função essencial do processo de conhecimento é declarativa, isto é, a de dizer antes de mais nada quem tem razão em face da ordem jurídica, aplicando as consequências jurídicas decorrentes dessa declaração; a função básica do processo de execução é a satisfação de um comando declarado em sentença; no processo cautelar a função essencial é a proteção de bens jurídicos até que haja a solução definitiva da lide.

Essas funções são eminentemente jurídicas, porque compõem o mecanismo de integração e efetivação do ordenamento jurídico, que guarda uma unidade fundamental. Transcendem elas o próprio campo do processo, atuando também no plano político do equilíbrio e harmonia dos poderes do Estado e dos direitos da pessoa humana.

Nisso tudo, essencial é que o procedimento (maneira pela qual se sucedem os atos processuais e seu modo de execução) seja adequado, apto a atender a essas finalidades, não só no esquema legal, mas também em sua realização prática.

83.2. Princípios do processo e do procedimento

Dada a incidência entre o processo e seu respectivo procedimento, pode ser considerada superada a distinção entre princípios do processo e do procedimento. Todos informam, segundo um grau maior ou menor de generalidade, o mesmo fenômeno.

Princípios são proposições de caráter geral que informam determinado ramo do conhecimento. Segundo a extensão de sua aplicabilidade, podem ser omnivalentes quando informam toda uma ciência; plurivalentes quando informam vários ramos da mesma ciência; monovalentes quando atuam em um ramo de determinada ciência. Segundo o modo de atuação, podem ser deontológicos ou epistemológicos: são deontológicos quando se situam no plano do ideal, do dever-ser; são epistemológicos quando atuam diretamente sobre a realidade, deles se extraindo consequências práticas interpretativas ou integrativas.

Podem ser enunciados quatro princípios deontológicos do processo[159].

I – *Lógico*: escolha dos meios mais seguros e expeditos para procurar e descobrir a verdade e evitar o erro.

II – *Jurídico*: proporciona aos litigantes igualdade na demanda e justiça na decisão, atendendo à finalidade do processo, que é a declaração da vontade concreta da lei.

III – Político: máxima garantia social dos direitos com o mínimo sacrifício individual de liberdade, atribuindo-se força para o processo no sistema de equilíbrio dos poderes do Estado e da garantia de direitos da pessoa.

IV – *Econômico*: as lides não devem ser tão dispendiosas a ponto de deteriorar o seu objeto ou discriminar os pobres na obtenção da justiça.

Esses princípios, se pudessem concretizar-se integralmente como realidade, formariam o processo ideal. As dificuldades práticas, porém, acabam determinando um distanciamento entre a realidade e o dever-ser, de modo que este permanece como um modelo ao qual o processo deve tender, seja ao ser elaborada a lei sobre processo, seja no momento de sua aplicação.

Respeitados esses ideais, o processo, em sua exteriorização, deve ser o mais simples possível. O legislador, ao elaborar um procedimento, deve atentar para a simplificação no aspecto quantitativo, morfológico e sistemático. No aspecto quantitativo, deve reduzir ao mínimo a quantidade ou o número de formas e atos; no morfológico, deve promover a simplificação externa dessas mesmas formas e atos; no sistemático deve manter correlação perfeita entre os conceitos jurídicos e sua forma respectiva, e também devem as formas do processo (os procedimentos) variar segundo a relação jurídica litigiosa varia em seus elementos morfológicos proeminentes[160].

No plano da instituição prática de um processo legal, bem como da formação em concreto das demandas, podem ser enumerados os

seguintes princípios epistemológicos[161]:

I – *Princípio da bilateralidade da audiência ou do contraditório*. A sentença do juiz deve resultar de um processo que se desenvolveu com igualdade de oportunidades para as partes se manifestarem, produzirem suas provas etc. É evidente que as posições das partes (como autor ou como réu) impõem uma diferente atividade, mas, na essência, as oportunidades devem ser iguais. O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

Como se nota, o processo assegura a oportunidade de participação ativa, podendo ocorrer que, na prática, a parte não exerça as faculdades garantidas pela lei. A garantia do contraditório, porém, nesse caso não fica comprometida porque, se a parte abriu mão das oportunidades que lhe são concedidas, deve sofrer as consequências de sua inércia ou omissão, como acontece com a revelia.

II – *Princípio da iniciativa de parte, ou, na expressão latina, "ne procedat iudex ex officio"*. A inércia do juiz, que deve decidir apenas sobre o que foi pedido pela parte, assegura a equidistância que deve manter entre os litigantes. O juiz que promove a demanda ou decide fora do pedido compromete sua condição de sujeito imparcial. Ademais, é direito individual subjetivo da pessoa o de não ter o seu patrimônio jurídico invadido, a não ser nos limites do pedido

formulado ao Judiciário pela parte contrária. O juiz inquisitivo (que se contrapõe ao princípio dispositivo agora comentado) é, em última análise, uma autoridade arbitrária e, portanto, inaceitável. Admite-se, apenas, como se viu, inquisitividade na investigação da prova, no campo probatório, mas não no limite objetivo do provimento jurisdicional.

O princípio da iniciativa de parte está consagrado no art. 129 da Constituição, que atribuiu ao Ministério Público a exclusividade da ação penal pública, extinguindo o chamado procedimento de ofício.

III – *Princípio do impulso oficial.* Às partes cabe o ônus de propiciar os elementos para que o juiz possa chegar ao ato-fim, que é a sentença, mas cabe ao juiz o impulso processual. A determinação dos atos processuais que devem ser praticados não precisa ser requerida; decorre da lei e ao juiz compete promover os atos processuais de modo a assegurar a rápida solução do litígio.

IV – *Princípio da ordem consecutiva legal.* O procedimento está estruturado como uma sucessão lógica e ordenada de atos típicos, ordem essa que deve ser obedecida porque está instituída para a garantia dos demais princípios. A lei admite uma grande variedade de alternativas a serem adotadas segundo os eventos processuais, mas em face de cada evento a alternativa correta deve ser a adotada segundo o preceito legal. Decorre, também, deste princípio o preceito de que o processo é dinâmico e caminha para o ato-fim que é a sentença, não admitindo o retorno a fases ultrapassadas em relação às quais ocorre a preclusão.

V – *Princípio da prova formal e da persuasão racional na apreciação da prova.* O mundo do juiz é o mundo dos autos; o que não está nos autos não existe. No que concerne à matéria de fato, o juiz só pode considerar o material constante dos autos. Essa limitação é uma garantia das partes, que ficam assim protegidas contra a surpresa de vir a ser considerado fato não provado no processo. Prova que não foi produzida no processo não foi submetida ao contraditório e, portanto, não pode ter valor. Por outro lado, a apreciação do juiz quanto à prova deve ser racional: tem o magistrado a faculdade do livre convencimento quanto às provas do processo, mas deve indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento, de modo que a conclusão resulte racionalmente da fundamentação. A argumentação racional garante a coerência da decisão, bem como, no caso de recurso, a possibilidade de revisão lógica.

VI – *Princípio da oralidade e imediação.* As provas orais devem ser colhidas em audiência. A oralidade e a imediação garantem a aferição da sinceridade da prova e são circunstâncias valiosas para a descoberta da verdade.

VII – *Princípio da publicidade.* Os atos processuais são públicos, em princípio, a fim de que a todos seja dado acompanhar a distribuição da justiça, que é um bem jurídico que transcende ao próprio interesse individual das partes discutido em determinada causa. A publicidade é garantia democrática de liberdade no que concerne ao controle do uso da autoridade. Se, porém, o *strepitus processus* puder causar prejuízo às partes, pratica-se o ato em segredo de justiça. Jamais, porém, o processo é secreto, ou seja,

excluído do exame das partes, de seus advogados e do Ministério Público.

VIII – *Princípio da economia processual.* Quando duas forem as soluções legais possíveis, deve ser adotada a que causar menos encargos às partes. Economia não quer dizer a supressão de atos previstos no modelo legal do procedimento, mas sim a escolha da alternativa menos onerosa, se mais de uma for legalmente admissível. O princípio da economia foi amplamente utilizado pelo legislador ao instituir as diversas alternativas procedimentais segundo os eventos do processo, como, por exemplo, a rejeição da denúncia no procedimento do art. 514. Também atendem à economia processual a conservação dos atos processuais no tema nulidades, a instrumentalidade das formas etc.

IX – *Princípio da pluralidade de graus de jurisdição.* É decorrente do sistema constitucional de organização do Poder Judiciário a possibilidade de pedido de reexame das decisões pela parte inconformada. Pelo menos uma vez há oportunidade de outro órgão jurisdicional proceder à revisão da causa por meio de recurso, podendo ocorrer, para certas questões e em determinadas circunstâncias, um terceiro exame. A pluralidade de graus garante a correção das decisões não só pela eventual reforma, mas também porque basta a possibilidade de revisão para garantir a maior correção do julgamento de primeiro grau. A decisão única e irrecorrível poderia ensejar a arbitrariedade sem possibilidade de corrigenda.

Finalizando, cabe dizer que todos esses princípios foram equilibradamente dosados pelo legislador ao instituir o processo legal

e os procedimentos, cabendo ao intérprete e aplicador manter esse equilíbrio de modo a que não se anule um deles à conta de acentuar um outro. É difícil dizer qual deles é mais importante, porque o bom processo é o resultante da aplicação de todos equilibradamente, ou seja, entendidos no contexto geral e com o devido alcance.

83.3. Classificação dos procedimentos

O Código classifica os procedimentos em: comum e especial (art. 394 com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008).

“Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

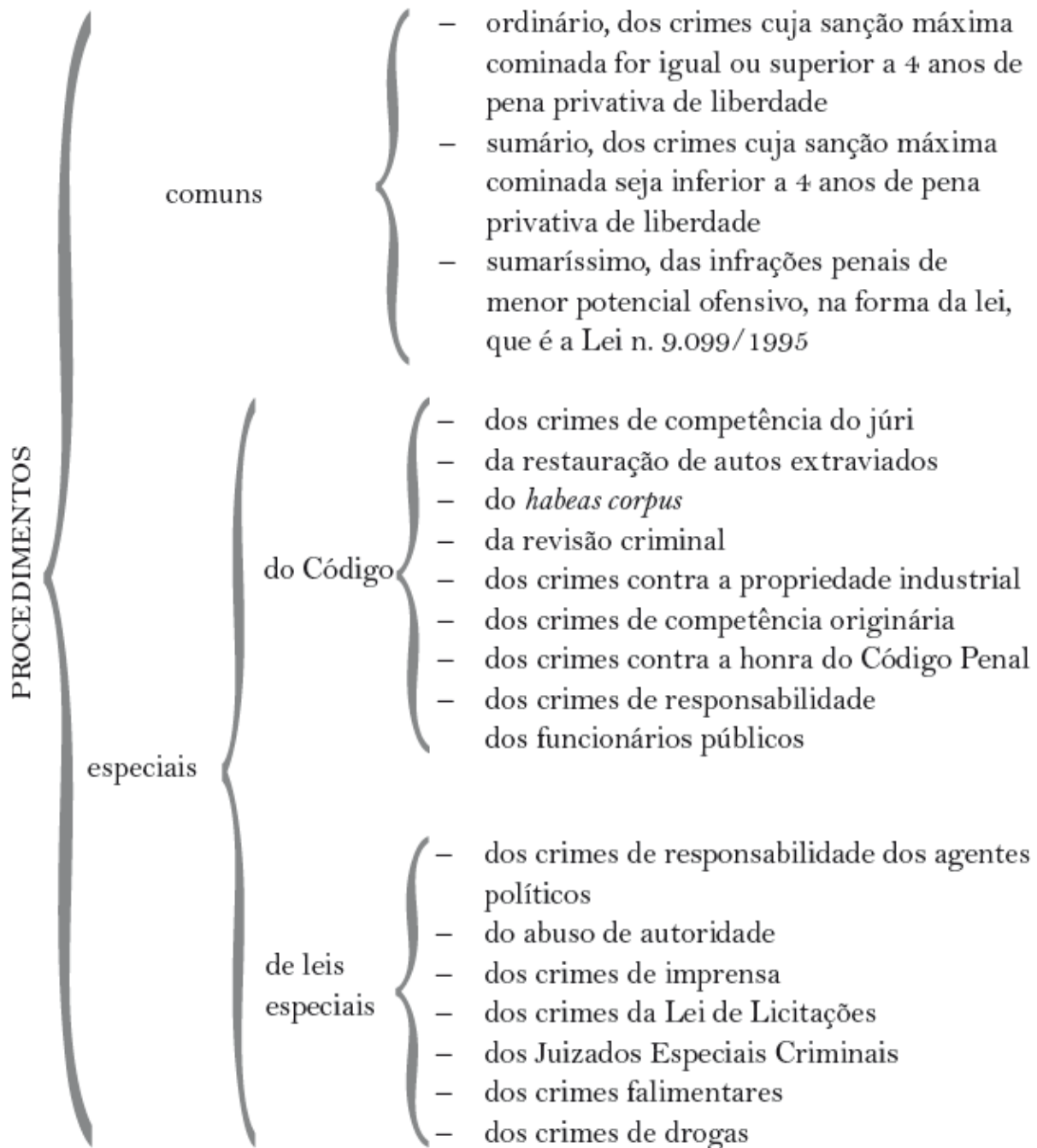
II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

Apesar das alterações legislativas, o Código ainda não apresenta uma sistemática lógica, porque o procedimento do júri aparece no Título do Processo Comum, mas suas normas são especiais e o procedimento sumário, que é comum, encontra-se no Título relativo aos processos especiais.

A partir, porém, das regras e espírito do Código, perseguindo-se o aperfeiçoamento sistemático, os procedimentos podem ser

classificados da seguinte maneira, entendendo-se como comum o aplicável a uma generalidade do crimes, pela quantidade da pena, e especial, para crimes de determinada natureza:



Diz-se *comum* o procedimento aplicável a uma generalidade de infrações, pela quantidade da pena, independentemente de sua natureza, e especial quando aplicável a determinada categoria de infrações penais pela natureza do bem jurídico indicado pela lei como tutelado. São comuns o procedimento ordinário, o sumário e o sumaríssimo como acima consignado.

São procedimentos especiais os aplicáveis a determinados grupos de infração segundo o bem jurídico indicado pela lei como tutelado ou para certas situações especiais.

São procedimentos especiais do Código condenatórios: o dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, dos crimes contra a honra do Código Penal, dos crimes contra a propriedade industrial, e dos crimes de competência originária dos tribunais.

São procedimentos especiais não condenatórios o *de restauração de autos extraviados ou destruídos*, o "*habeas corpus*" e a *revisão criminal*.

São procedimentos especiais de leis especiais ou extravagantes:

– a Lei n. 1.079, de 5 de fevereiro de 1950, que define os crimes, e o respectivo procedimento, de responsabilidade de agentes políticos;

– a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regula os crimes, e respectivo procedimento, de abuso de autoridade;

– a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que disciplina as licitações e contratos com a Administração Pública;

– a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que disciplina os Juizados Especiais Criminais;

– a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que disciplina o procedimento dos crimes falimentares;

– a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que regula os crimes, e respectivo procedimento, de tráfico de drogas.

Há, também, disposições processuais penais em outras leis, que serão, ao final, referidas.

Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário do Código ou de lei especial, e as disposições dos arts. 395 a 398 do Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados pela Lei processual, porque são normas de generalidade plena.

Aplicam-se, ainda, subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.

83.4. Da formação e suspensão do processo

O processo é uma relação jurídica entre o acusador, o juiz e o acusado ou réu que se forma de maneira gradativa e sucessiva, por meio da prática de atos procedimentais. Inicia-se com a formulação de uma pretensão, no caso, a denúncia ou queixa, no processo penal condenatório, e se completa com a realização da citação.

É uma relação jurídica de direito público, triangular, dinâmica e efêmera, porque seu destino é encaminhar-se para a extinção.

O Código prevê diversas situações em que ocorre o que no antigo direito português era denominado “crise da instância”, ou seja, a suspensão do desenvolvimento processual, como durante a realização do exame de insanidade, a decisão de questão prejudicial externa e a revelia do réu citado por edital (art. 366).

Alguns casos de suspensão do processo (e conseqüentemente do procedimento) não têm efeitos de direito material (reflexos sobre a punibilidade), que é o que ocorre com a suspensão decorrente da instauração do exame de insanidade, por exemplo. Outros acarretam a suspensão da prescrição: a provocada pela resolução de questão prejudicial externa e a da revelia.

A Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, instituiu nova espécie de suspensão do processo, nos moldes de algumas legislações estrangeiras, como causa de extinção da punibilidade (art. 89).

Inaplicável à Justiça Militar, de acordo com a Lei n. 9.839, de 1997, que acrescentou o art. 90-A à Lei n. 9.099, *in verbis*: "as disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar".

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano (podendo, pois, ser de detenção ou reclusão), o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e desde que presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, quais sejam: não seja reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício.

Os requisitos para a concessão da suspensão, portanto, são os seguintes:

1 – *Oferecimento da denúncia.* A suspensão do processo, como o nome diz, exige a instauração da relação processual, o que significa que o Ministério formou sua *opinio delicti* e entendeu que o caso apresenta justa causa para a acusação. Se o Ministério Público, ao contrário, entender que o caso é de arquivamento, deve propô-lo, não se cogitando da suspensão.

2 – *Proposta do Ministério Público.* A suspensão depende de proposta do Ministério Público, porque passa pela bilateralidade proposta-aceitação das partes, segundo o sistema acusatório, de modo que não concordamos com o entendimento de que a suspensão pode ser oferecida de ofício pelo juiz, havendo discordância do Ministério Público. Entendemos também que, salvo nos casos de processos instaurados antes da lei, em que a proposta pode ser oferecida na primeira oportunidade após sua vigência, a proposta somente pode ser apresentada com o oferecimento da denúncia e não posteriormente. Isso porque a suspensão do processo tem por objetivo, entre outros, o interesse público da liberação da máquina judicial dos ônus e despesas do processo, de modo que não tem sentido pensar-se em sua suspensão, por exemplo, depois da instrução, momento em que praticamente todos os encargos já se efetivaram. Não entendemos correta, portanto, a prática de membros do Ministério Público de, apresentada a denúncia, se reservarem a oportunidade de fazer a proposta de suspensão depois que chegarem aos autos outros elementos, como folha de antecedentes atualizada. A proposta deve ser feita segundo o estado da causa, ou seja, com os elementos que tiver ao oferecer a denúncia, com a ressalva de retirá-la se elementos contrários aparecerem, devendo todos os

requisitos estar comprovados por ocasião da decisão do juiz. Este, sim, deverá providenciar para que todos os elementos estejam nos autos antes de sua decisão e se esses elementos, positivos ou negativos, foram entranhados após a proposta inicial, deverá ouvir o Ministério Público se a mantém ou não.

Observe-se, ainda, que a proposta não faz parte da denúncia, não devendo integrar o seu contexto. Deverá ser feita pelo Ministério Público na cota introdutória. Por outro lado, a suspensão do processo não se aplica aos crimes de ação penal de iniciativa exclusivamente privada, porque nesta o regime é o da perempção e do perdão, incompatíveis com o sistema da suspensão.

Em sentido contrário, estão Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, reformulando posicionamento anterior. Isso porque, segundo passaram a sustentar, a transação penal não tem a mesma natureza do perdão e da perempção, ou seja, de indulgência ou inércia, não havendo qualquer incompatibilidade com o instituto. Em acréscimo, o perdão e a perempção são atos de "causação (de encerramento do processo, sem margem de indeferimento pelo juiz)", ao passo que na suspensão, o que há é um ato de postulação. Assim, por uma interpretação analógica do art. 89, e considerando que se o querelante pode mais, que é perdoar, pode também optar por uma solução alternativa, é perfeitamente possível a aplicação da suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal de iniciativa privada (exclusivamente privada ou personalíssima)[162].

3 – *Aceitação da proposta pelo acusado e seu defensor na presença do juiz.* Ambos, acusado e defensor, devem aceitar a

proposta, porque faz parte da defesa técnica o aconselhamento do advogado. No caso de divergência entre o acusado e seu defensor, o que pode ocorrer é a destituição do advogado, com a nomeação de outro para se colher sua posição. Persistindo, porém, a divergência, tornar-se-á inviável a suspensão. Observe-se que a aceitação implica, queiram ou não, reconhecimento do fato, com a obrigação da reparação do dano sob pena de revogação do benefício, de modo que se trata de ato de grande repercussão e que precisa da assistência técnica do advogado.

A aceitação deve ser feita na presença do juiz, em audiência, portanto. A fim de se evitar a multiplicação de atos e de audiências, poderá ser adotada a prática, uma vez proposta a suspensão pelo Ministério Público ao oferecer a denúncia, de o réu ser citado para audiência de sua aceitação, ou não, e que, na mesma oportunidade, não se consumando a suspensão e recebida a denúncia, o réu seja interrogado.

4 – *Recebimento da denúncia.* O recebimento da denúncia completa a instauração da ação penal, como se disse requisito indispensável para a suspensão do processo. Se o juiz, apesar da acusação e da aceitação, entender que o caso é de rejeição da denúncia, deve fazê-lo, não se considerando a hipótese de suspensão. Prevê o texto legal que o juiz “poderá” suspender o processo. Esse termo “poderá” não significa discricionariedade pura (aliás entendemos que nunca existe discricionariedade pura para o juiz, porque ela existe quando o ato é incensurável e inquestionável juridicamente, como acontece, por exemplo, na escolha de um dos participantes de lista tríplice). O “poderá” significa que o juiz deverá

examinar todos os demais requisitos da suspensão, independentemente da proposta do Ministério Público e da aceitação, mas a suspensão “deverá” ser deferida, se presentes esses requisitos, como um direito do acusado. Caberá, inclusive, *habeas corpus* para obtê-la, se, presentes os requisitos, o juiz inadequadamente indeferi-la.

5 – *O crime seja punido, na pena mínima, com um ano ou menos de detenção ou reclusão.* Apesar da alusão a “crime” no texto da lei, a possibilidade de suspensão abrange, também, as contravenções, e, portanto, a pena de prisão simples, se quanto a estas não se alcançou solução diferente, como, por exemplo, a aplicação imediata de pena não privativa da liberdade (art. 72 da Lei n. 9.099/95). Questão mais complexa é a relativa à acusação de infrações penais conexas contra o mesmo réu. Somar-se-iam as penas para os processos, por inteiro, não podendo sê-lo parcialmente. Ademais, se as infrações, ainda que conexas, fossem objeto de processos distintos (o que poderia viabilizar o requisito da pena cominada de um ano em cada um deles), estaria proibida a suspensão porque não teria o acusado o requisito de não estar sendo processado por outro crime para obter o benefício.

No que diz respeito ao concurso de crimes, v. Súmula 243 do STJ: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela

incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano”.

6 – *O acusado não pode estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime.* Em se tratando de norma em detrimento do acusado e obedecendo ao princípio interpretativo no sentido de que as normas restritivas de direitos devem ser interpretadas estritamente, não haverá impedimento à concessão da suspensão se o acusado estiver sendo processado ou tiver sido condenado exclusivamente por contravenção.

7 – *Estejam presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.* Os pressupostos são os do art. 77, I e II, do Código Penal, não se aplicando o inciso III que se refere à eventual conversão da pena em não privativa da liberdade, não se aplicando, ainda, os parágrafos do mesmo artigo, ou seja, qualquer condenação anterior por crime exclui o benefício da suspensão e não é o caso de se questionar a quantidade da pena para o maior de 70 anos de idade.

Concedida a suspensão, o juiz submete o acusado a período de prova, de 2 a 4 anos, sob as seguintes condições cumulativamente aplicadas: a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, proibição de frequentar certos lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, além de outras que o juiz estabelecer desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

A suspensão será revogada, obrigatoriamente, se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção ou descumprir qualquer outra condição imposta. É possível dizer-se que, no primeiro caso, a revogação é obrigatória e no segundo é facultativa, mas tal denominação é imprópria, porque em ambos há necessidade de apreciação pelo juiz do seu fato justificador. A única diferença está em que, no segundo, a análise envolve circunstâncias mais sutis, mais pormenorizadas, inclusive subjetivas, enquanto, no primeiro, o fato que leva à revogação é definido e objetivo, qual seja, a processo por outro crime ou a não reparação do dano injustificadamente.

Além das hipóteses de revogação, a suspensão pode ser *anulada* caso, durante o prazo, se verificar que foi concedida com infração dos requisitos legais. Revogada ou anulada a suspensão, o processo volta a correr, aproveitando-se as provas urgentes colhidas durante o período.

A decisão que concede ou nega a suspensão do processo é interlocutória, não havendo previsão de recurso contra ela. O acusado poderá impetrar *habeas corpus* se negada a despeito de presentes os pressupostos legais. O Ministério Público terá a via do mandado de segurança para anular eventual concessão ilegal do benefício.

Expirado o prazo da suspensão sem revogação ou anulação, o juiz julgará extinta a punibilidade. Trata-se de extinção especial antes de sentença condenatória, aplicando-se o regime próprio dessas causas

extintivas da punibilidade. Da decisão que decreta ou indefere a decretação da extinção da punibilidade cabe recurso no sentido estrito nos termos dos incisos VIII e IX do art. 581 do Código de Processo Penal.

Durante o prazo da suspensão não corre o prazo de prescrição, interrompida com o recebimento da denúncia, voltando a correr se houver sua revogação ou anulação.

84. DO PROCEDIMENTO COMUM

84.1. Introdução

No procedimento comum, o procedimento ordinário é o mais comum de todos, porque de aplicação ao processo e julgamento de todos os crimes, salvo os que por disposição especial legal devam adotar procedimento diverso. Além disso, as normas do procedimento ordinário aplicam-se subsidiariamente a todos os demais procedimentos quando não houver norma especial a respeito. Tal subsidiariedade é necessária a fim de que não ocorra um vazio de procedimento, ou seja, uma hipótese de crime sem o respectivo processo legal, tendo em vista a indispensabilidade do devido processo legal que se assenta nas regras e formas do procedimento.

No passado, o procedimento, que é o conjunto lógico e sucessivo de atos previstos na lei, foi visto apenas como uma forma ordenada de sucessão de atos, mas na atualidade é entendido como o instrumento de realização das garantias do processo, porque de nada adiante um rol formal, ainda que na Constituição, de garantias e

direitos, se o procedimento não está estruturado de modo a poder fazê-los valer na prática.

84.2. Do procedimento comum ordinário e do prazo da instrução criminal no caso de réu preso

84.2.1. Do procedimento

O procedimento em epígrafe está disciplinado nos arts. 394 e seguintes do Código dentro do Capítulo denominado *Da instrução criminal*, aplicando-se aos crimes cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 anos de pena privativa de liberdade.

Essa expressão, aliás, “instrução criminal”, quando utilizada em outras passagens do Código, na doutrina e na jurisprudência, deve ser entendida como se referindo à fase procedimental específica que se inicia com o oferecimento da denúncia e vai até o momento anterior à sentença.

O esquema geral do procedimento comum dos crimes de competência do juiz singular é o indicado no final deste item.

Nos termos da estrutura legal, o procedimento em primeiro grau é monofásico, ou seja, mantém uma unidade, da sua instauração até à sentença, ao contrário do que ocorre no procedimento do júri, em que se destacam duas fases, bem delimitadas pela pronúncia, como adiante se verá.

Todavia, no plano teórico, é possível identificar, mesmo no procedimento monofásico, fases internas em que predomina uma determinada atividade, mas a separação não é legal nem a atividade característica nela se realiza com exclusividade.

São identificáveis as seguintes fases do desenvolvimento procedimental:

Fase predominantemente postulatória, que vai da denúncia ou queixa até à defesa prévia.

Fase predominantemente instrutória, que se realiza na audiência.

Fase predominantemente decisória, que é a de alegações finais e sentença.

O procedimento se inicia por denúncia ou queixa, após inquérito policial, que pode ser substituído por peças de informação. Sob pena de coação ilegal, o inquérito deve estar concluído em 10 dias, se o indiciado estiver preso desde o flagrante ou da prisão, temporária ou preventiva. Na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), o prazo é de 30 dias. Se o indiciado estiver solto, o prazo para a conclusão do inquérito deverá ser de 30 dias (na Lei de Drogas, 90), mas esse prazo pode ser prorrogado ou renovado quantas vezes forem necessárias, por proposta da autoridade e com a concordância do juiz[163].

A denúncia deve ser oferecida no prazo de 5 dias, se o acusado estiver preso, e de 15, se estiver solto. A queixa, também, estando o réu preso, deve ser oferecida em 5 dias.

Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

A última disposição (início do prazo de defesa para o réu citado por edital) completa-se com o art. 366, significando que o não comparecimento no caso dessa forma de citação significa a não apresentação de defesa e acarreta a suspensão do processo, com a respectiva suspensão do prazo prescricional.

Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. Sobre o número de testemunhas v. o item 49.

Somos céticos quanto à utilidade da resposta preliminar do réu quanto ao mérito principal da acusação e mesmo quanto a questões preliminares que no processo penal, quase na unanimidade, não precluem, de modo que na estratégia de defesa pode não convir antecipá-las para discussão imediata. O que ocorrerá na prática é que o defensor, na grande maioria dos casos, reservar-se-á para alegar a matéria de defesa após encerrada a colheita das provas. A resposta preliminar limitar-se-á, portanto, à apresentação do rol de testemunhas e negativa geral da acusação, visto que o acusado não tem o ônus de impugnar especificadamente os fatos imputados nem a consequência da preclusão por falta de apresentação de questões de ordem pública que, na verdade, são praticamente todas, quando em favor do acusado.

Se for apresentada exceção, suas hipóteses e procedimento desenvolver-se-ão nos termos dos arts. 95 a 112 do Código, em apartado.

Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado pessoalmente ou com hora certa não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 dias.

Após a apresentação da defesa, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I** – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- II** – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
- III** – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
- IV** – extinta a punibilidade do agente.

Trata-se de julgamento antecipado da lide, extinguindo-se o processo com sentença de mérito, com força de coisa julgada material absolutória, isto é, imutável uma vez transitada em julgado. Dessa sentença cabe apelação voluntária, por parte do órgão acusador, no prazo de 5 dias. A absolvição sumária e que enseja o recurso de ofício é a do procedimento do júri – art. 415 (antes 411) – e não esta, que pode ocorrer após a resposta no procedimento comum. O chamado “recurso de ofício” é excepcional e somente nos casos expressos pode ser admitido, não estando previsto no art. 574 nem podendo ser ampliado por analogia.

O julgamento antecipado previsto para após a resposta do réu pode ser ainda mais antecipado, *antecipadíssimo*, nos casos em que a rejeição liminar da denúncia ou queixa importar em enfrentamento do mérito, nos casos, por exemplo, em que, desde logo, está constatada falta de justa causa para a ação penal e o exame da justa

causa envolve a conclusão de que o fato imputado, por exemplo, não constitui crime ou esteja extinta a punibilidade. Não se esquecendo que o juiz, deixando de rejeitar a denúncia nos casos em que deveria fazê-lo, assume a coação processual ilegal e, portanto, torna-se autoridade coatora para fins de *habeas corpus*.

Dispõe, em seguida, o art. 399:

“Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

O dispositivo apresenta, de início, uma evidente impropriedade. Não há mais o que receber: o juiz, para mandar citar o acusado, já a recebeu (art. 396) se não a rejeitou liminarmente. Deve-se entender, então, que, neste momento após a resposta, o juiz designará audiência se não absolveu o réu sumariamente nos casos do art. 397. Trata-se, portanto, de mero erro redacional e não um segundo recebimento. A interrupção da prescrição, nos termos do Código Penal, ocorreu com o recebimento do qual resultou a determinação de citação, porque foi nesse momento que o juiz assumiu a responsabilidade pela coação processual. Não tem cabimento um segundo recebimento com nova interrupção da prescrição dias após. A denúncia, portanto, é recebida logo depois de apresentada, se o

juiz não a rejeitar liminarmente e é esse o momento da interrupção da prescrição.

No Projeto de Lei n. 4.207/2001 (relativo aos procedimentos), havia previsão do oferecimento da defesa, denominada resposta à acusação, antes do recebimento da denúncia (arts. 395/396). Contudo, durante a tramitação do mencionado projeto no Congresso Nacional, a redação do art. 396 foi alterada, criando a impropriedade. Para corrigi-la, está em trâmite o Projeto de Lei n. 4.947, de 2009, em que se pretende substituir a expressão "recebê-la-á", do *caput* do art. 396, por "autuá-la-á".

A audiência será concentrada, como logo adiante se verá, devendo a ela comparecer o acusado que, se preso, será requisitado do estabelecimento em que se encontra, sendo de responsabilidade do poder público a sua apresentação.

O § 2º do art. 399 introduziu no processo penal o *princípio da identidade da pessoa física do juiz*, o que era reclamado pela doutrina, porque é principalmente no processo criminal que a imediatidade do juiz em relação às provas tem especial relevância. A introdução do princípio, contudo, como costuma acontecer na legislação brasileira feita sem o devido cuidado, está desacompanhada das necessárias exceções, ditadas pelos inevitáveis casos do *impossibilia nemo tenetur*, como a morte do juiz e por outras razões em que a aplicação inexorável do princípio poderia levar à paralisação do processo e a entraves difíceis de serem superados, especialmente no caso de réus presos. O direito processual civil, onde o princípio é antigo, sofreu muito com isso, tendo havido época em que o juiz, mesmo aposentado, tinha de

voltar ao exercício para julgar os processos cuja audiência presidira. Para obviar essas inconveniências, em situações que de nada contribuem para a Justiça, deve-se aplicar, por analogia, o art. 132 do Código de Processo Civil, que dispensa a identidade se o juiz estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor, aplicando-se, também, o parágrafo único, que dispõe que, em qualquer caso, o juiz que proferir sentença poderá mandar repetir as provas produzidas no que entender indispensável à sua convicção.

O procedimento interno da audiência está previsto nos arts. 400 a 405 adiante reproduzidos e, em seguida, comentados no que for necessário:

“Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.

Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.

§ 1º Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas.

§ 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.

Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.

Art. 404. Ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá a sentença.

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhada às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição”.

A audiência será realizada no prazo máximo de 60 dias, prazo que deverá ser respeitado no caso de réu preso para fins de cômputo do tempo máximo de prisão processual em primeiro grau, conforme adiante será explicado, mas trata-se de prazo impróprio se o réu estiver solto, sem consequências processuais e cujo cumprimento dependerá das condições da pauta e serviço do juízo.

A ordem da prova, na audiência, é a seguinte:

- é ouvido o ofendido;
- são ouvidas as testemunhas de acusação;
- são ouvidas as testemunhas de defesa;
- tomam-se os esclarecimentos dos peritos, se for o caso;

– realizam-se as acareações e reconhecimento de pessoas ou coisas, se for o caso; e

– interroga-se o acusado.

A ressalva no art. 400 ao art. 222 refere-se às testemunhas que devam ser ouvidas por precatória e que excepcional a colheita da prova concentrada, como também as testemunhas que em virtude da urgência devam ser ouvidas antecipadamente e aquelas que podem responder perguntas por escrito como comentado no capítulo referente a prova testemunhal (item 48).

Os esclarecimentos de peritos e as precatórias devem ser requeridos, se pelo Ministério Público, da cota introdutória à denúncia, e se pela defesa, na resposta (art. 396-A). As acareações e outras provas cuja necessidade se apresente em virtude dos depoimentos das testemunhas, por exemplo, se possível serão realizadas imediatamente, mas sempre antes do interrogatório.

Toda prova deve passar pelo exame de sua pertinência e relevância, de modo que cabe ao juiz indeferir as desnecessárias, irrelevantes e meramente protelatórias. Tal exame aplica-se inclusive às testemunhas ainda que arroladas regularmente pela acusação e defesa nos momentos próprios (denúncia e resposta respectivamente). Das decisões do juiz sobre a prova em audiência não cabe recurso, devendo a parte requerer que seu requerimento ou pretensão sejam consignados em ata com a respectiva decisão para exame posterior em preliminar de apelação decidindo o Tribunal, no recurso, se houve, ou não, cerceamento da atividade da acusação ou da defesa.

O Código preconiza a audiência única e concentrada, mas poderá haver situação de inevitável desmembramento com a designação de nova data para a continuação, como pode ocorrer se uma testemunha de acusação não comparecer e seu depoimento for indispensável. As demais testemunhas de acusação que compareceram serão ouvidas, mas não será possível a audiência das testemunhas de defesa, que obrigatoriamente devem ser ouvidas após encerradas as testemunhas de acusação.

As partes podem desistir das testemunhas que arrolaram, salvo se o próprio juiz quiser ouvir alguma delas como testemunha do júízo.

Na instrução do procedimento ordinário, estabelece o art. 401, poderão ser inquiridas até 8 testemunhas arroladas pela acusação e 8 pela defesa, não se computando as que não prestam compromisso e as referidas. As que não prestam compromisso são chamadas de *declarantes* e, como vimos no capítulo referente à prova testemunhal, são os parentes do acusado e do ofendido, menores e suspeitos cujo depoimento for considerado indispensável, valendo seu depoimento pelo que merecer. Testemunhas *referidas* são as mencionadas por outras testemunhas e cujo depoimento pode ser relevante, conforme apreciação do juiz. Neste último caso, se a testemunha não puder ser apresentada imediatamente, com suspensão temporária da audiência, não haverá outra alternativa se não a do adiamento para que se prossiga em outra data.

O número máximo de testemunhas refere-se a cada réu e a cada crime. Cada réu tem o direito de ter sua defesa completa e não pode tê-la reduzida pelas testemunhas dos autos. O Ministério Público, também, poderá ter fatos diferentes a provar em face de cada réu,

como também em face de cada crime. Poderá haver a hipótese de testemunhas de fato comum a mais de um réu, cabendo ao juiz dispensar as desnecessárias. É evidente que em um processo complexo a audiência una é mera utopia.

Produzidas as provas, as partes podem requerer diligências decorrentes do que foi colhido na audiência. Diligências já previsíveis anteriormente deveriam ter sido requeridas com a denúncia do Ministério Público ou com a resposta preliminar do acusado. O juiz decidirá sobre a pertinência e relevância da diligência requerida e, se houver deferimento, a consequência será o seu encerramento. Realizada a diligência, a acusação e a defesa, sucessivamente, terão o prazo de 5 dias para apresentar alegações na forma de memoriais.

Finda a instrução, serão oferecidas alegações finais orais, no prazo de 20 minutos, respectivamente, para a acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10. Se houver mais de um acusado, o tempo da defesa de cada um será individual. Havendo assistente da acusação, seu prazo será de 10 minutos após o do Ministério Público, aumentando-se de igual tempo o prazo de manifestação da defesa.

Se o caso for complexo, por sua natureza, quantidade de provas, número de acusados ou outra circunstância relevante, poderá o juiz deferir às partes, sucessivamente, à acusação e à defesa, o prazo de 5 dias para alegações na forma de memoriais.

A sentença será proferida:

a. na audiência se, concluídas a instrução e as alegações finais, o juiz se achar habilitado para fazê-lo imediatamente;

b. no prazo de 10 dias após concluídos todos os trabalhos, se o juiz entender necessário para melhor exame dos autos (não há previsão expressa dessa possibilidade, mas é inevitável tendo em vista o interesse da Justiça);

c. no prazo de 10 dias após os memoriais, quer os apresentados após as diligências determinadas pelo juiz e que se realizaram após o encerramento da audiência, quer os apresentados pelas partes quando a complexidade do caso o exigir.

Na ação penal exclusivamente privada a falta de alegações finais do querelante ou se nelas não é pedida a condenação, o fato acarreta a perempção.

Da audiência será lavrado termo relatando todas as ocorrências, na forma de ata do ocorrido, inclusive requerimentos das partes e decisões interlocutórias. De cada declaração e depoimento, bem como do interrogatório, será lavrado um termo próprio em separado e tudo será anexado aos autos. A audiência pode ser registrada por meio audiovisual ou outro, desde que seja garantida a segurança e autenticidade das gravações ou registros e seja possível a sua preservação incólume para futura consulta pelas partes, terceiros com interesse jurídico e os graus superiores de jurisdição. Os meios eventualmente utilizados deverão, também, assegurar a possibilidade de serem extraídas certidões ou cópias autenticadas para utilização em outras ocasiões juridicamente possíveis.

84.2.2. Do prazo da instrução criminal no caso de réu preso

A Constituição Federal institui o princípio de que a todos sejam assegurados a razoável duração do processo e os meios que

garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII). A proposição é dirigida a todos os processos e procedimentos judiciais e administrativos e vale como norma dirigente para que as leis e as autoridades administrativas e judiciárias possam promover a solução dos conflitos de maneira temporalmente adequada.

As leis brasileiras, porém, especialmente as penais e processuais penais, são eivadas de hipocrisia. Editam-se reformas legislativas com o alarde de que promoverão a rápida solução dos conflitos e farão valer a Justiça justa. Aí está a hipocrisia: dá-se a entender como verdade que reforma legislativa vai alterar a realidade das coisas. A hipocrisia está em se exigir do Judiciário e dos demais órgãos da persecução penal isto ou aquilo sem a respectiva atribuição de recursos financeiros necessários.

Que adianta reduzir de um ano para seis meses a possibilidade de desaforamento em virtude da demora do julgamento se não há outros Tribunais que possam receber os processos e cumprir o novo prazo? Que adianta fazer dispor no papel que haverá uma audiência única para testemunhas de defesa, de acusação e interrogatório se para realizar tal ato precisar-se-ia reservar um dia inteiro da pauta com seu evidente prolongamento para os demais processos? Que adianta a audiência única se, no caso de faltar uma testemunha de acusação necessária, tudo o mais terá de ser adiado porque as testemunhas de acusação devem ser ouvidas sempre antes das de defesa? E a inutilidade das intimações de todos? E o constrangimento e encargo para as naturalmente relutantes testemunhas de comparecer e serem mandadas embora? Que adianta tudo isso se, havendo mais de um Réu, pode haver desmembramento de

processos, diligências indispensáveis, recursos, *habeas corpus* etc., incidentes e direitos processuais impostergáveis para que se possa assegurar a tentativa de descoberta da verdade e o direito de defesa?

Em suma, a grande mentira reside especialmente na falta, nas leis alteradoras do Código Penal e Processual Penal, da chamada “cláusula financeira”, o artigo que abre o crédito necessário para a implementação das modificações preconizadas.

Apesar do preconizado pela Constituição, portanto, a duração razoável do processo é a que a estrutura judicial permite, sendo os prazos instituídos para isso impróprios porque serão cumpridos se possível.

Isso em se tratando de réu em liberdade.

Se o acusado estiver preso, os prazos devem ser cumpridos sob pena de a prisão processual tornar-se coação ilegal.

Na versão original do Código, a jurisprudência, após longo debate, somando os prazos da instrução criminal, inclusive o do inquérito, os cartorários e os do juiz não expressos, fixou o entendimento de que o prazo máximo de prisão processual durante a instrução seria de 81 dias, sob pena de se caracterizar constrangimento ilegal.

Note-se que de acordo com o art. 8º da Lei de combate ao crime organizado (Lei n. 9.034, de 1995), com redação dada pela Lei n. 9.303, de 1996, o prazo para o encerramento da instrução criminal, nos processos por crime organizado, será de 81 dias, quando o réu estiver preso, e de 120 dias, quando solto.

Há que se recalcular esse tempo tendo em vista as alterações procedimentais implantadas em 2008.

Façamos uma tentativa no regime ordinário do Código, não se considerando leis especiais, separando os prazos previstos no correr do procedimento de atos determinados e os prazos previstos em caráter geral nos arts. 799 e 800 de atos indispensáveis sem consignação específica. Não serão considerados, também, incidentes especiais e suspensão do processo.

1 – Atos com previsão expressa:

Inquérito = 10 dias; denúncia = 5 dias; resposta do acusado = 10 dias; audiência – 60 dias.

2 – Atos intercalados indispensáveis:

Remessa do inquérito a juízo; distribuição; registro; vista ao Ministério Público; autuação da denúncia e registro; conclusão para recebimento; recebimento da denúncia; citação (extração do mandado e cumprimento); conclusão para exame da defesa; decisão de designação da audiência.

Os prazos do item 1 somam 85 dias; os do item 2, considerando os arts. 799 e 800 do Código, podem (*podem* porque depende de critério interpretativo e prático cartorário) montar a 14 dias.

O prazo máximo, portanto, para a instrução criminal e legalidade da prisão sugere-se seja de 99 dias.

Das inúmeras decisões a respeito, inclusive muitas contraditórias, em virtude da gravidade do caso concreto, anteriores à reforma, mas que continuam aplicáveis, é possível extrair alguns pontos

relativamente assentados: quanto à aplicabilidade do chamado “excesso de prazo” de prisão na instrução criminal:

a. O excesso de prazo em cada momento já pode caracterizar o constrangimento ilegal com a conseqüente soltura do réu, mas, se a fase já está superada, não se decreta o relaxamento da prisão se a instrução está em curso e não se atingiu o limite aventado de 99 dias. Assim, por exemplo, se a autoridade policial não remete o inquérito concluído em 10 dias, caracteriza-se o constrangimento e a possibilidade de relaxamento, mas, se o procedimento prosseguiu e a instrução já está em andamento, não se considera aquele atraso anterior se não se completou o prazo total.

b. O prazo de 99 dias é o da instrução criminal, não se aplicando, pois, à fase de diligência e alegações finais por memoriais, podendo, todavia, haver excesso desses prazos, especificamente. Não se aplica, também, após a pronúncia.

V. Súmula 21 do STJ: “Pronunciado o réu, fica suspensa a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”; e Súmula 52, também do STJ: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

c. Ainda que tenha havido excesso de prazo na instrução, não se relaxa a prisão se os autos estão conclusos para a sentença, a não ser que haja excesso de prazo para a sua prolação.

d. Não se considera excesso de prazo o causado por força maior ou por obstáculo provocado pela própria defesa. A força maior é a

circunstância irresistível que torna impossível a prática dos atos processuais no tempo certo. Esse fato irresistível, porém, não pode ser atribuído aos órgãos da persecução penal e suas deficiências, porque o acusado não pode ter o ônus de suportá-los. Assim, por exemplo, o acúmulo de serviço forense ou policial não pode ser considerado motivo de força maior para o excesso de prazo.

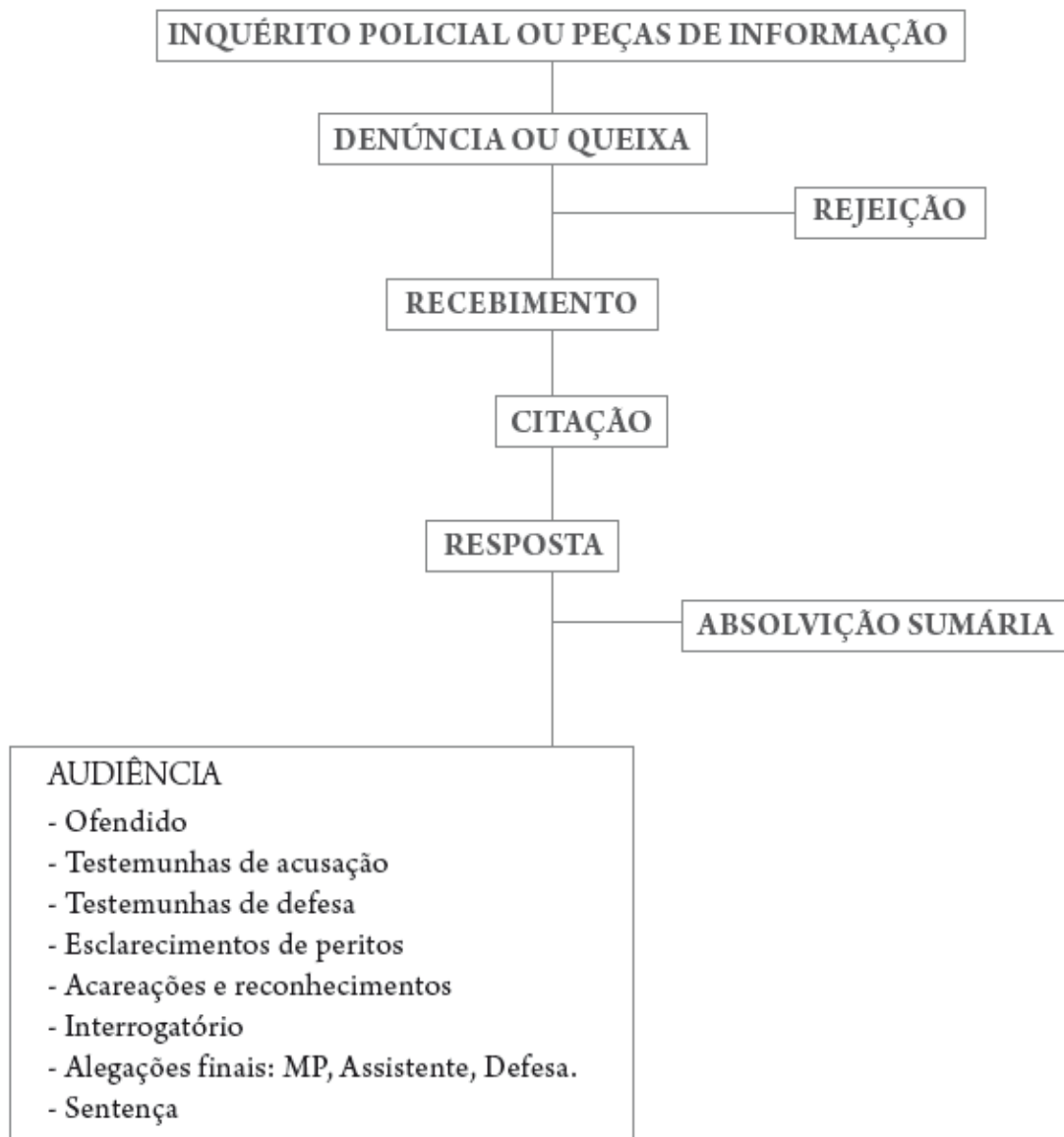
Há decisões considerando que a greve nos serviços forenses é justa causa para o excesso de prazo. Em que pesem os motivos relevantes de interesse de proteção social que provocaram essas decisões, não parece correto carrear ao acusado ônus de suportar o que é, em suma, deficiência da máquina judiciária.

V., também, Súmula 64 do STJ: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

e. Desde que contínua a prisão, não renova ou reabre o prazo máximo da instrução a mudança do fundamento prisional, do flagrante ou temporária para a preventiva, por exemplo.

Essas regras todas e o prazo global acima referido valem como base mas serão, nos casos concretos, temperados por circunstâncias específicas, como, por exemplo, o excessivo número de acusados, dificuldades especiais da prova ou outras hipóteses, que são analisadas pelo juiz e pelos tribunais dentro do critério do razoável, dentro do equilíbrio entre os direitos das pessoas e a necessidade social.

ESQUEMA DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO



84.3. Do procedimento sumário

Aplica-se o procedimento sumário aos crimes em que a pena máxima cominada seja inferior a 4 anos de pena privativa da liberdade.

O procedimento sumário está regulado nos arts. 531 a 536 do Código, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, e é semelhante ao procedimento ordinário, salvo as seguintes diferenças:

- 1 – o prazo para a designação da audiência é de 30 dias;
- 2 – o número de testemunhas é reduzido para 5;
- 3 – não há previsão de memoriais, mas tal prática será possível se a complexidade do caso exigir.

Valem, de qualquer maneira, todas as observações e comentários formulados quanto ao procedimento ordinário, quer quanto ao número de testemunhas, ao prazo impróprio para a designação da audiência no caso de réu em liberdade etc.

Vale, também, a possibilidade de absolvição sumária após a resposta e as regras sobre a audiência.

Por essa razão dispensa-se a apresentação de esquema do procedimento sumário.

84.4. Do procedimento sumaríssimo

Aplica-se o procedimento sumaríssimo às infrações penais de menor potencial ofensivo, assim definidas na Lei n. 9.099/95 e alterações posteriores.

No caso de o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, será observado o procedimento sumário, a não ser que as peças exijam processo por crime punido com pena privativa de liberdade na pena máxima superior a 4 anos ou do júri, por exemplo, casos em que se adotará o procedimento ordinário ou o especial do júri.

A Constituição de 1988 (art. 98) preconizou a criação de Juizados Especiais Criminais para julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitida a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Tal disposição foi regulamentada pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, no âmbito da Justiça Federal, pela Lei n. 10.259/2001, ambas com alterações procedidas pela Lei n. 11.313/2006.

Os Juizados, dependendo da lei estadual de organização, são compostos de juízes togados ou togados e leigos, a eles competindo a conciliação e julgamento das infrações de pequeno potencial ofensivo. Perante o Juizado, o processo orientar-se-á pelos princípios da oralidade, informalidade, economia e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa da liberdade. Isso não quer dizer, porém, que se devam esquecer os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, fato, porém, que infelizmente vem acontecendo com frequência na prática em sede de Juizados Especiais, e, o que é mais lamentável, em face dos menos favorecidos.

Nessa linha de simplificação, no procedimento dos Juizados a prática de atos em outras comarcas se faz por qualquer meio de comunicação, independentemente de precatória, e somente serão registrados os atos essenciais.

As intimações são feitas pelo correio com aviso de recebimento. A citação, porém, será pessoal, feita no próprio Juizado ou por mandado. Não encontrado o acusado para ser citado, o juiz

encaminhará as peças existentes ao juízo comum para a adoção do procedimento legal.

O procedimento perante o Juizado pode desenvolver-se em duas etapas ou somente em uma delas como adiante se verá: a fase preliminar e o procedimento sumaríssimo.

A fase preliminar consiste em uma audiência, presente o autor do fato e a vítima, à qual são encaminhados pela própria autoridade policial ou mediante intimação. O autor do fato deverá estar acompanhado de advogado e se não estiver ser-lhe-á nomeado defensor público.

Na audiência, presente também o Ministério Público e, se possível, o responsável civil, todos acompanhados dos respectivos advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa da liberdade. Apesar de a lei prever que é o juiz que esclarece sobre essa possibilidade, a proposta deve necessariamente passar previamente pelo Ministério Público, porque a aplicação de pena criminal, qualquer que seja, depende da formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, porque, se não houver infração penal a punir e o caso seria de arquivamento, qualquer proposta nesse sentido é, no mínimo, indecente. Nem se admite o procedimento de ofício pelo juiz tendo em vista a titularidade exclusiva da ação penal pública prevista no art. 129, I, da Constituição.

A conciliação no âmbito puramente civil, ainda que com repercussão penal, porque acarreta a renúncia ao direito de representação, com a extinção da punibilidade do crime que a exige,

pode ser feita perante conciliador recrutado nos termos da lei local ou perante o juiz sem a iniciativa do Ministério Público, mas isso é inadmissível quanto à aplicação de pena. A composição dos danos civis, reduzida a escrito e homologada pelo juiz em sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente e implica renúncia ao direito de queixa ou representação nas infrações a elas condicionadas. Não obtida a composição, será dada a oportunidade imediata ao ofendido de apresentar representação, mas o seu não oferecimento imediato não implica decadência, podendo esse direito ser exercido no prazo legal.

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Não será admitida a proposta se estiver comprovado ter sido o autor da infração condenado pela prática de crime à pena privativa da liberdade, por sentença definitiva, ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 anos, pela aplicação da pena restritiva de direitos ou multa nas mesmas condições da lei, ou não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Aceita a proposta pelo autor e seu defensor (é indispensável a concordância de ambos), o juiz decide. No caso positivo, o juiz aplica pena restritiva de direitos ou multa, que não importa em reincidência, sendo apenas registrada para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 anos. A imposição da sanção não terá efeitos civis,

cabendo aos interessados propor a ação cabível, se for o caso, no juízo cível. Da sentença que a impõe cabe apelação. Se o juiz entender faltar algum pressuposto para a concessão da medida deverá indeferi-la, contra essa decisão não cabendo recurso, porque não se trata de decisão definitiva ou com força de definitiva já que, simplesmente, deixa em aberto futuro e eventual processo penal regular.

Não se consumando a aplicação da pena restritiva de direitos ou da multa, o Ministério Público oferecerá denúncia oral, instaurando-se, então, a segunda fase do procedimento perante o Juizado. A denúncia independe de inquérito policial e prescindir-se-á de exame de corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente. Na ação penal de iniciativa do ofendido, poderá haver queixa oral, podendo o juiz, se entender que a questão é complexa, remeter a questão para o juízo comum.

Oferecida a denúncia ou queixa, o réu será imediatamente citado mediante a entrega de cópia. Se o acusado não estiver presente será citado por mandado, observando-se que, se não for encontrado, as peças serão remetidas ao juízo comum.

A citação é feita para comparecimento a audiência de instrução e julgamento, devendo o acusado a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para sua intimação com antecedência de pelo menos 5 dias. Da audiência serão intimados, também, o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

Na audiência, poderá ser feita a tentativa de aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, mediante proposta do Ministério

Público, se não houve possibilidade de tal providência na audiência preliminar.

Aberta a audiência e não sendo o caso, ou não se efetivando a aplicação de pena restritiva ou multa, será dada palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; sendo a denúncia ou queixa recebida, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se, a seguir, o acusado, se presente, passando-se aos debates orais e prolação da sentença. Nesta está dispensado o relatório, mas não a fundamentação.

Da decisão que rejeita a denúncia ou queixa e da sentença cabe apelação, no prazo de dez dias, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente, diferentemente do que ocorre no processo penal comum, em que as razões são apresentadas em prazo posterior ao da interposição. O recorrido será intimado para oferecer resposta no prazo de dez dias e o julgamento, dependendo da norma estadual, poderá ser realizado por turma composta de três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. Da sentença ou do acórdão, também, caberão embargos de declaração, no caso de obscuridade, contradição, omissão ou dúvida, no prazo de 5 dias, podendo ser interpostos oral e imediatamente se a sentença foi proferida em audiência. Contra a sentença, os embargos de declaração suspendem o prazo da apelação.

85. DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

85.1. Procedimento dos crimes de competência do júri

85.1.1. Introdução

Há muitos tipos de júri, caracterizando-se, porém, o tribunal pela participação de juízes leigos, com ou sem participação de juiz togado na votação. De qualquer maneira é um juízo colegiado heterogêneo, porque dele participam, ainda que com diferentes funções em cada caso, juízes togados e juízes leigos.

A origem remota do júri é atribuída aos *centeni comites* de Roma, mas certamente a figura pode ser dada como nascida na Inglaterra, a partir de Henrique II, por volta do ano 1100. No correr da história e nos diversos países, apresentou ele grandes variações de estrutura, como o *escabinado* (tribunal misto, em que o juiz togado também vota), de origem germânica ou franca, e o *assessorado*, de origem italiana. O júri inglês, aliás, se desdobra em *grande júri*, que decide sobre a formação da culpa, e *pequeno júri*, que profere o julgamento definitivo.

No Brasil, o júri foi criado pela Lei de 28 de junho de 1922, para os delitos de imprensa, constituído de 24 "juízes de fato". Mais tarde, também desdobrou-se em *júri de acusação*, constituído de 24 juízes, e *júri de julgamento*, com 12 juízes. No correr da história brasileira, o júri teve sua competência ora ampliada ora restringida, fixando a Constituição de 1946 a competência mínima para os crimes dolosos contra a vida, convivendo com ele o júri de imprensa e o escabinado de economia popular.

A Constituição de 1967 atribuiu-lhe a competência exclusiva e não ampliável para os crimes dolosos contra a vida, mas a Constituição de 1988 voltou a *assegurar* a competência para os crimes dolosos contra a vida, entendendo-se, pois, que outras infrações poderão vir a ter sua decisão por ele.

O art. 5º, XXXVIII, da Constituição está assim redigido:

“É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

A plenitude da defesa não é diferente da exigida no processo penal em geral. O sigilo dos veredictos é assegurado pelo sistema de votação secreta, como adiante se verá, e a soberania dos veredictos pelo sistema de apelação restrita ou limitada conforme se discorreu no item 76.

Quanto à competência, a Constituição assegurou ao júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entendendo-se como tais os do capítulo próprio do Código Penal, quais sejam o homicídio, o infanticídio, o auxílio ou instigação ao suicídio e o aborto. Outras infrações, ainda que contenham a morte a título doloso, como o latrocínio ou a extorsão mediante sequestro seguido de morte, não são crimes dolosos contra a vida para os fins da competência do júri[164]. A Constituição não referiu a figura tentada nem o

juízo dos crimes conexos. A tentativa não necessitava, mesmo, ser citada, porque o crime tentado é o próprio crime em fase de execução. Já quanto aos conexos, a menção seria conveniente, mas a extensão a eles é da tradição do direito brasileiro, e não se questionou a sua exclusão nem mesmo na época em que a competência do júri era privativa para os crimes dolosos contra a vida.

É comum dizer-se que os jurados julgam o fato e o juiz-presidente aplica a lei segundo o que foi decidido. Essa afirmação, porém, não é correta, porque os jurados também decidem sobre conceitos normativos, como se verá na formulação dos quesitos. É melhor, portanto, dizer que os jurados decidem sobre a existência do crime e a autoria, e o juiz-presidente aplica a pena ou medida de segurança ou proclama a absolvição.

85.1.2. Da acusação e da instrução preliminar

O procedimento do julgamento dos crimes de competência do júri é bifásico. A primeira fase, que era denominada *sumário de culpa*, encerra-se com a preclusão da decisão de pronúncia. A segunda inicia-se a partir daí e se encerra com o julgamento em plenário.

As normas relativas ao inquérito, denúncia ou queixa são as mesmas gerais, de modo que não há modificação a considerar.

Por outro lado o procedimento da primeira fase é muito semelhante ao procedimento comum ordinário, mas merece algumas observações e suscita dúvidas em virtude de omissões ou falta de clareza, mas que se tentará superar.

Nesta parte, vamos reproduzindo o texto legal e apresentando as explicações necessárias, tendo em vista a subsidiariedade do procedimento comum e as normas gerais aplicáveis.

“Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O prazo previsto no *caput* deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§ 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

§ 3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Art. 407. As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

Art. 408. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos.

Art. 409. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias”.

Oferecida a denúncia ou queixa (lembrando-se, se houver, que esta será a subsidiária da pública, porque os crimes dolosos contra a

vida são todos de ação penal pública), o juiz poderá rejeitá-la nos casos do art. 395; se a receber, ordenará a citação para o acusado responder no prazo de 10 dias. O recebimento interrompe a prescrição.

O prazo para a resposta começa a correr:

– no caso de citação por mandado, do seu efetivo cumprimento assim certificado pelo Oficial de Justiça. No processo civil o prazo começa a correr a partir da juntada aos autos do mandado cumprido, o que é mais seguro, porque facilita a defesa e traz a atestação com fé pública do escrivão que faz a juntada do mandado, ainda que o oficial tenha, por exemplo, certificado a citação na véspera, a qualquer hora. O prazo começará a ser contado a partir do primeiro dia útil seguinte, segundo a regra geral da contagem processual dos prazos;

– no caso de citação de citação inválida, se e quando o acusado ou seu defensor constituído comparecerem é que o prazo de resposta tem seu início;

– no caso de citação por edital, igualmente, o prazo de resposta começa a partir do comparecimento do acusado ou seu defensor.

Não há regra quanto à citação com hora certa. Como é ela realizada por Oficial de Justiça, deve-se entender que o prazo para a resposta começa a correr da data em que o Oficial dá o acusado que se oculta por citado. Se não for apresentada resposta no prazo, o juiz nomeará defensor para apresentá-la (art. 408). O art. 362, parágrafo único, também estabelece que no caso de citação com hora certa será nomeado defensor dativo, de modo que o processo prosseguirá.

Diferente é a situação se o réu foi citado por edital. Neste caso a não apresentação do acusado ou defensor exclui o início de contagem de prazo, de modo que, combinando-se com o art. 366, o processo ficará suspenso, com a respectiva suspensão da prescrição.

Acusação (na denúncia ou queixa) e defesa (na resposta) poderão arrolar testemunhas até o número de 8, entendendo-se 8 para cada crime e 8 para cada acusado. Na resposta, poderão ser arguidas preliminares, juntados documentos e requeridas diligências (as diligências da acusação foram requeridas na cota introdutória à denúncia ou na queixa), ouvindo-se a acusação em 5 dias na forma de réplica. Exceções da defesa (suspeição, litispendência, ilegitimidade de parte, incompetência, coisa julgada) serão apresentadas no prazo da defesa em apartado e processadas nos termos dos arts. 95 e seguintes do Código.

Esta primeira fase, que vai do oferecimento da denúncia ou queixa até à réplica, pode denominar-se *postulatória*.

Após a réplica, a despeito da falta de previsão no capítulo, pode haver extinção do processo sem julgamento de mérito, como, por exemplo, por ilegitimidade de parte ou falta de pressuposto processual insanável, ou pode haver julgamento antecipado de mérito, mediante absolvição sumária, nos termos do art. 397. Também independentemente de previsão legal expressa procedimental, antes de designar audiência para as testemunhas, o juiz deverá determinar as providências necessárias ao saneamento de eventuais irregularidades cujo suprimento seja indispensável para o desenvolvimento regular e válido do processo.

Cumpridas as providências de saneamento ou regularização:

“Art. 410. O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

§ 1º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento e de deferimento pelo juiz.

§ 2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código.

§ 4º As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez).

§ 5º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual.

§ 6º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

§ 8º A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no *caput* deste artigo.

§ 9º Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos”.

As disposições são análogas às do procedimento comum ordinário, de modo que não há necessidade de maiores observações, salvo quanto ao § 3º do art. 411. No procedimento do júri original do Código entendia-se que não era necessária a aplicação do art. 384 quando se interpretava o então art. 408, porque a mudança de classificação do delito em virtude de fato diferente não causaria prejuízo à defesa em virtude de a acusação voltar a ser formalizada pelo libelo, não mais existente no procedimento em vigor. A extinção da figura do libelo justifica a obrigatoriedade da aplicação do art. 384 para que haja alteração da acusação (*mutatio libeli*), o que assegura a correlação acusação e futuro julgamento pelo júri e condiciona a pronúncia.

Não há previsão de substituição de debates (na verdade alegações, porque debate pressupõe discussão bilateral, que não é o caso) por memoriais, mas essa prática será possível tendo em vista a complexidade da causa, o interesse das partes e a aceitação pelo juiz.

A partir da réplica, a fase procedimental pode ser denominada *instrutória*.

O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 dias, entendendo-se esse prazo como obrigatório para o réu preso, porque se aquele se encontrar em liberdade o prazo é impróprio e dependerá da disponibilidade das pautas e outras circunstâncias da estrutura judiciária. Somando-se os prazos anteriores à denúncia, conclui-se que o prazo máximo de prisão processual legal até o encerramento da instrução preliminar será de 109 dias.

85.1.3. Da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária

Encerrada a fase instrutória e as alegações finais, o juiz proferirá decisão de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou sentença absolvendo sumariamente o réu.

Dispõe o Código:

“Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitraré o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade

anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

Art. 416. Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação.

Art. 417. Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80 deste Código.

Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso”.

Apesar da ordem do Código, as explicações adotarão a seguinte sequência, para melhor sistematização: impronúncia, desclassificação, absolvição sumária ou pronúncia, porque esta é que encerra a primeira fase do procedimento dos crimes de competência do júri.

O juiz deverá impronunciar o réu se não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor. Prova da existência do crime significa convicção de certeza sobre a materialidade, ou seja, exemplificando no homicídio, certeza sobre a ocorrência da morte não natural, provocada por alguém. Indício suficiente de autoria significa a existência de elementos probatórios que convençam da possibilidade razoável de que o réu tenha sido o autor da infração. Na falta de uma ou de outro, o juiz deverá julgar improcedente a denúncia ou queixa.

Os crimes dolosos contra a vida são de ação pública, mas nunca se deve esquecer que é possível a ação

penal privada subsidiária, nos termos do art. 29 do Código.

Conforme parágrafo único do art. 414, enquanto não extinta a punibilidade, no caso de impronúncia, poderá ser instaurado processo contra o réu, se houver novas provas. A decisão, portanto, é meramente terminativa, não fazendo coisa julgada material absoluta, como a sentença de absolvição.

Apesar de a questão não ter sido ventilada, entendemos que essa disposição é inconstitucional, por violar o princípio de liberdade de que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato. Por que nos crimes dolosos contra a vida alguém pode sofrer o constrangimento de um processo penal sem que isso extinga definitivamente a pretensão punitiva e nos demais crimes não? Qual a diferença do homicídio com relação ao latrocínio, por exemplo? Neste, normalmente muito mais reprovável, considerado, aliás, crime hediondo, a absolvição por falta de provas impedirá qualquer nova ação penal sobre o mesmo fato.

Não existe mais razão social ou jurídica para que a impronúncia admita nova ação penal sobre o mesmo fato.

Todavia, desde que se aplique o texto literal do Código, devem ser fixados alguns pontos.

Prova nova é o elemento fático relativo ao fato criminoso não constante do processo anterior e que possa alterar a convicção sobre a existência do crime ou a autoria. Não se considera, pois, prova nova a repetição de prova anteriormente já constante dos autos nem a relativa a circunstância não pertencente ao fato ou à autoria.

Assim, por exemplo, não é prova nova a folha de antecedentes do réu atualizada.

Surgindo prova nova, pode instaurar-se novo processo penal, ou seja, com nova denúncia, repetindo-se todo o procedimento, podendo a prova do processo anterior ser aproveitada, resguardada, porém, a possibilidade de contraditório sobre ela, porque a circunstância nova pode recomendar a revisão da prova anterior.

Utiliza-se o termo *despronúncia* para a impronúncia que ocorre depois de ter sido o réu pronunciado, se o juiz se retrata em virtude do recurso no sentido estrito ou a este é dado provimento pelo tribunal.

A segunda alternativa nesta fase procedimental é a *absolvição sumária*. O juiz absolverá sumariamente o réu quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, ou seja, excludentes de criminalidade ou de culpabilidade. Também deverá o juiz absolver sumariamente o réu se se convencer da inexistência do fato ou de que, sem qualquer dúvida, o réu não é o seu autor, porque não tem cabimento remeter-se o réu a júri, mantendo, pois, o constrangimento do processo se já está provado que o fato não existiu ou que o réu não é seu autor. Estando provado não ser o acusado o autor, o fato não existiu para ele, e a impronúncia, que alguns aventavam no caso, por falta de disposição expressa no texto anterior, manteria o réu com a possibilidade de voltar a ser processado, situação incompatível com a certeza do juiz da inexistência do fato ou da autoria.

A jurisprudência admite a absolvição sumária somente se estiver *induidosamente* provada a excludente, sob o argumento de que, sendo o júri o juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, não deve o juiz subtrair de seu julgamento o processo se houver qualquer dúvida sobre a excludente.

Essa orientação, *data venia*, não pode ser endossada, porque perde a perspectiva da função da fase de pronúncia no procedimento do júri. Essa fase existe não para remeter preferencialmente o réu a júri, mas, ao contrário, para impedir que um inocente seja submetido ao risco de uma condenação do júri popular, que decide sem fundamentar. Ora, não é admissível que, estando o juiz suficientemente convencido da existência de uma excludente e, portanto, de que o réu deva ser absolvido, tenha coragem de enviá-lo a júri, onde corre o risco de ser condenado. Não se está afirmando que se deva aplicar nessa fase a regra *in dubio pro reo*. A dúvida, no caso, leva o juiz a remeter o réu ao julgamento popular, porque dúvida significa a possibilidade razoável de ser o réu culpado, merecendo o julgamento pelo júri. Se, todavia, o juiz está convencido da excludente, e não precisa ser *induidosamente*, submeter o réu a júri colocaria em risco seu direito de liberdade.

Não se aplica a absolvição sumária no caso de inimputabilidade, salvo se essa for a única tese de defesa, isso significando que se a inimputabilidade vier acompanhada da tese de negativa de autoria ou legítima defesa, por exemplo, o juiz deverá pronunciar, remetendo o réu a júri.

No caso de haver crime conexo com o doloso contra a vida, havendo impronúncia ou absolvição sumária, o juiz não pode julgá-lo

concomitantemente. Isso porque, nos termos do parágrafo único do art. 81, perde ele a competência para julgar o conexo. Ainda que seja ele competente para esse crime como juiz singular, como acontece nas comarcas de um só juízo penal, deve aguardar a preclusão da impronúncia ou o trânsito em julgado da absolvição sumária, porque somente nessa oportunidade desaparece a competência prevalente do júri que atraiu o conexo.

O Código prevê recurso de ofício da sentença de absolvição sumária (art. 574, II) mas esse recurso não tem efeito suspensivo porque o art. 596 determina que o réu, no caso de sentença absolutória, seja imediatamente colocado em liberdade. Pode também haver recurso voluntário da acusação, que terá a utilidade de propiciar a possibilidade de razões e preparar argumentação para o plenário do júri, se provido o recurso necessário. Este precede o voluntário, que fica prejudicado se provido o primeiro. A absolvição sumária e que enseja o recurso de ofício é a do procedimento do júri (art. 415, antes 411) e não a absolvição sumária, que pode ocorrer após a resposta no procedimento comum. O chamado "recurso de ofício" é excepcional e somente nos casos expressos pode ser admitido, não estando previsto no art. 574 nem podendo ser ampliado por analogia.

A terceira alternativa na fase de pronúncia é a *desclassificação*, que ocorre se o juiz se convence da existência de infração penal que não seja crime doloso contra a vida. Assim decidindo, o juiz deverá remeter os autos ao juiz competente. Nesse juízo ou no próprio juízo original, se também for competente para a infração que não seja crime doloso contra a vida, poderá o juiz determinar novas provas,

assegurando sempre o direito de defesa em face da alteração da classificação do delito.

Questiona-se se o juiz que recebe os autos após a desclassificação pode suscitar o conflito de competência. Há decisões reconhecendo que sim, porque o segundo juiz tem o mesmo grau hierárquico do que desclassificou. Tal conclusão, contudo, não é correta. Da decisão de desclassificação, cabe recurso no sentido estrito, conforme apontamos no capítulo próprio (item 74). Ora, cabendo recurso, de duas uma: se foi utilizado, a desclassificação é examinada pelo tribunal e o segundo juiz não pode decidir em contrário; se não foi utilizado, ocorreu a preclusão, não podendo o segundo juiz impugnar decisão preclusa. Aliás, nessa última hipótese, se se admitir que o segundo juiz suscite o conflito, estará sendo criado recurso de ofício não previsto em lei, porque o conflito, no caso, não é puramente técnico de competência, mas envolve a própria qualificação jurídica do fato e o âmbito da ação penal.

A quarta alternativa é a *pronúncia*.

Trata-se de decisão interlocutória, porque não julga o mérito.

O juiz pronunciará o réu se se convencer da existência do crime e de indícios suficientes de autoria ou participação.

No que concerne à existência do crime, a pronúncia deve abranger as qualificadoras, não se referindo às agravantes ou às circunstâncias de diminuição de pena, como o homicídio privilegiado, porque essas circunstâncias não se referem à *existência* do crime. Não deverá, também, ser reconhecida eventual semi-imputabilidade, porque a decisão, no caso, é condenatória, e somente o júri pode condenar.

A decisão de pronúncia deve ser fundamentada, mas deve limitar-se a indicar os elementos probatórios que conformem a existência dos requisitos legais, porque não pode constituir prejulgamento.

Na pronúncia, o juiz deverá indicar os dispositivos de enquadramento da infração penal, o que condicionará o libelo, e definir a situação prisional do acusado. Mesmo se o crime for inafiançável, o acusado poderá aguardar o julgamento em liberdade se for primário e de bons antecedentes. Sobre esses requisitos, inclusive quanto à sua interpretação depois da Constituição de 1988, valem as mesmas observações feitas quanto à liberdade provisória depois da sentença condenatória, enquanto não transitada em julgado. Se for o caso, será arbitrada fiança.

O art. 418 (que correspondia ao art. 408, § 4º do texto revogado) admite que o juiz, ressalvada a hipótese de desclassificação que segue o procedimento acima descrito, em se tratando todos de crimes de competência do júri, altere a classificação do delito, ainda que fique o réu sujeito a pena mais grave. Essa regra, na atualidade, é inútil porque ou "definição jurídica" significa simples classificação legal sem indagação de fatos diferentes (e corresponde ao art. 383), ou significa alteração do crime em virtude de fato diferente, caso em que se aplica o art. 384 por expressa determinação do art. 411, § 3º. Em suma, ao procedimento do júri aplicam-se os arts. 383 e 384, podendo o art. 418 simplesmente ser desconsiderado.

Ao pronunciar ou impronunciar o acusado, se constarem elementos nos autos que indiquem a culpabilidade de outras pessoas, o juiz deverá ordenar que os autos voltem ao Ministério Público para aditamento do que entender cabível, podendo aplicar-se, no caso, o

art. 80 do Código, que admite a separação de processos se houver excessivo número de acusados, para não prolongar a prisão de algum deles ou por outro motivo relevante.

Da decisão de pronúncia cabe recurso no sentido estrito (art. 581, IV). Contra a decisão de pronúncia ou absolvição sumária cabe apelação (art. 416 c/c art. 593). Da decisão de desclassificação cabe recurso no sentido estrito porque encerra ela uma declaração de incompetência (art. 581, II).

Deve haver intimação da decisão de pronúncia pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público. Ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público a intimação será feita mediante publicação no órgão oficial (art. 370, § 1º). Se o acusado estiver solto e não for encontrado, será intimado por edital, de modo que poderá haver júri sem a presença do acusado. Lembre-se de que se o acusado, na fase de instrução preliminar, foi citado por edital, o processo ficou suspenso, de modo que não se chegará à fase de pronúncia se não comparecer ou for encontrado. O prazo do edital de intimação do pronunciado que não for encontrado é o prazo geral de edital, de 15 dias.

“Art. 421. Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 1º Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

§ 2º Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão”.

O artigo contém duas disposições de conteúdo completamente diferente que mereceriam artigos próprios, e não parágrafos, uma vez que estes tratam de assunto específico e de grande importância processual, mas cuja redação parece até ser misteriosa, se não se conhecer a hipótese a que se referem.

O *caput* simplesmente consigna o encerramento da primeira fase do procedimento do júri, que ocorre com a preclusão da decisão de pronúncia, com a não utilização ou o esgotamento dos recursos.

Os parágrafos referem-se à pouco comum mas possível hipótese de a vítima vir a falecer após a sentença de pronúncia por tentativa de homicídio. Apesar da omissão legal quanto a como se deve proceder, caberá ao Ministério Público requerer a retificação da denúncia, de homicídio tentado para consumado. Se o Ministério Público entender de não fazê-lo porque, por exemplo, pode interpretar que a morte não ocorreu como desdobramento da tentativa, o juiz pode aplicar, por analogia, o art. 28 do Código, determinando a remessa dos autos ao Procurador-Geral. Se houver o pedido de retificação e o juiz acolhê-lo, a alteração da pronúncia significa nova pronúncia, podendo o réu recorrer no sentido estrito, pleiteando a impronúncia pelo homicídio. Não há, também, previsão de pronunciamento do acusado antes da decisão do juiz, mas tal providência se impõe tendo em vista o princípio do contraditório, podendo haver, até, dilação probatória se pertinente a dúvida a respeito da causa da morte, se decorrente, ou não, da conduta do réu que pode ter caracterizado a tentativa.

85.1.4. Da preparação do processo para julgamento em plenário

“Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

Art. 423. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente:

I – ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa;

II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

Art. 424. Quando a lei local de organização judiciária não atribuir ao presidente do Tribunal do Júri o preparo para julgamento, o juiz competente remeter-lhe-á os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 433 deste Código.

Parágrafo único. Deverão ser remetidos, também, os processos preparados até o encerramento da reunião, para a realização de julgamento”.

A sistemática vigente do procedimento do júri não mais prevê a figura do libelo, que era a peça, decorrente da pronúncia e nos seus limites, que consubstanciava o objeto do julgamento em plenário.

Não mais existindo o libelo e a respectiva contrariedade, o juiz simplesmente mandará dar vista sucessivamente ao acusador e à defesa para a apresentação de seu rol de testemunhas que deporão

em plenário, até o máximo de 5 e requerimento de diligências. As testemunhas poderão ser as mesmas que já depuseram na instrução preliminar ou outras devidamente qualificadas.

Determinadas e realizadas as diligências pertinentes, o juiz lançará nos autos relatório sucinto e objetivo do processo, o declarará preparado para julgamento e determinará a sua inclusão em pauta de julgamento na reunião seguinte do júri e assim todos os que estiverem preparados até esse momento.

O assistente somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar.

85.1.5. Do desaforamento

Antes do julgamento, pode ocorrer o desaforamento.

O desaforamento é a deslocação da competência, previsto exclusivamente no caso do julgamento em plenário do júri, se ocorre um dos motivos do art. 427, para outra comarca da mesma região onde não existam os motivos abaixo relacionados. O desaforamento não se aplica nem à fase de instrução preliminar nem aos procedimentos de infrações de competência do juiz singular.

Os motivos para desaforamento são:

a. interesse da ordem pública, como, por exemplo, perigo de convulsão social ou risco à incolumidade dos jurados;

b. dúvida quanto à imparcialidade do júri;

c. risco à segurança do réu;

d. se o julgamento não se realizar no prazo de 6 meses contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia, se para a demora

não concorreu o réu ou a defesa.

Os motivos devem ser graves e estar comprovados, porque a derrogação da competência deve ser excepcional.

O desaforamento pode ser provocado por representação do juiz ou requerimento de qualquer das partes diretamente ao tribunal de segundo grau. No último caso, o juiz prestará informações a respeito.

Deferido o desaforamento, o tribunal indicará a comarca competente, que deverá ser comarca *próxima*, mas não necessariamente contígua, em que não se repitam os motivos que o provocaram na comarca de origem. Deferido o desaforamento, não haverá *reaforamento*, ou seja, retorno à comarca de origem, ainda que tenham cessado os motivos que determinaram a deslocação da competência. Poderá, todavia, haver segundo desaforamento se na nova comarca surgir um dos motivos legais.

No atual estágio das comunicações, especialmente as que ocorrem por meio da televisão, não será fácil encontrar comarca na mesma região em que não estejam os jurados influenciados ou submetidos às divulgações da mídia, mas caberá ao tribunal decidir qual o local em que melhor se poderá assegurar a imparcialidade do júri.

85.1.6 Providências preparatórias de instalação do Tribunal do Júri: alistamento dos jurados, organização da pauta, sorteio e convocação dos jurados, da função do jurado

Paralelamente às instruções criminais em andamento ou processos em vias de preparação para julgamento, o juiz designado pela lei de organização judiciária deverá tomar as providências para a constituição do Tribunal do Júri.

Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 a 1.500 jurados nas comarcas de mais de 1 milhão de habitantes, de 300 a 700 nas comarcas de mais de 100 mil habitantes e de 80 a 400 nas comarcas de menor população. Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial.

O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.

A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri.

A lista poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva.

Os nomes e endereços dos alistados, em cartões iguais, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz presidente.

O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela

excluído.

Anualmente, a lista geral de jurados será, obrigatoriamente, completada.

Cabe ao juiz presidente do Tribunal do Júri, também, a organização da pauta.

Salvo motivo relevante que autorize alteração na ordem dos julgamentos, terão preferência:

I – os acusados presos;

II – dentre os acusados presos, aqueles que estiverem há mais tempo na prisão;

III – em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem prevista acima. O juiz presidente reservará datas na mesma reunião periódica para a inclusão de processo que tiver o julgamento adiado.

Estando o processo em ordem, o juiz presidente mandará intimar as partes, o ofendido, se for possível, as testemunhas e os peritos, quando houver requerimento, para a sessão de instrução e julgamento. Em seguida à organização da pauta, o juiz presidente determinará a intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora designados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica.

O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 jurados, para a reunião periódica ou extraordinária.

O sorteio será realizado entre o décimo quinto e o décimo dia útil antecedente à instalação da reunião. A audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes. O jurado não sorteado poderá ter o seu nome novamente incluído para as reuniões futuras.

Os jurados sorteados serão convocados pelo correio ou por qualquer outro meio hábil para comparecer no dia e hora designados para a reunião, sob as penas da lei.

Serão afixados na porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento.

O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 anos de notória idoneidade.

Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução. A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 a 10 salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado.

Estão isentos do serviço do júri (art. 437), o que não quer dizer que estejam proibidos:

- I** – o Presidente da República e os Ministros de Estado;
- II** – os Governadores e seus respectivos Secretários;

III – os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais;

IV – os Prefeitos Municipais;

V – os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública;

VI – os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública;

VII – as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública;

VIII – os militares em serviço ativo;

IX – os cidadãos maiores de 70 anos que requeiram sua dispensa;

X – aqueles que o requererem, demonstrando justo impedimento.

A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto. Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins. O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral.

Constitui também direito do jurado preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante

concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária.

Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do júri, mas ao jurado que, sem causa legítima, deixar de comparecer no dia marcado para a sessão ou retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente será aplicada multa de 1 a 10 salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a sua condição econômica. Somente será aceita escusa fundada em motivo relevante devidamente comprovado e apresentada, ressalvadas as hipóteses de força maior, até o momento da chamada dos jurados. O jurado somente será dispensado por decisão motivada do juiz presidente, consignada na ata dos trabalhos.

O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados. A eles se aplicam os crimes do Código Penal contra a Administração da Justiça, por força do conceito de funcionário público do art. 327 do Código Penal. Aos suplentes, quando convocados, serão aplicáveis os dispositivos referentes às dispensas, faltas e escusas e à equiparação de responsabilidade penal.

85.1.7. Da composição do Tribunal do Júri e da formação do Conselho de Sentença

O Tribunal do Júri é composto por 1 juiz togado, seu presidente e por 25 jurados que serão sorteados dentre os alistados.

Dos 25, 7 onstituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento mediante sorteio.

São impedidos de servir no mesmo Conselho:

- I** – marido e mulher;
- II** – ascendente e descendente;
- III** – sogro e genro ou nora;
- IV** – irmãos e cunhados, durante o cunhadio;
- V** – tio e sobrinho;
- VI** – padrasto, madrasta ou enteado.

O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar. Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados (arts. 252 a 256 do Código).

Não poderá, também, servir o jurado que:

- I** – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;
- II** – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;
- III** – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado.

Dos impedidos entre si por parentesco ou relação de convivência, servirá o que houver sido sorteado em primeiro lugar.

Os jurados excluídos por impedimento, suspeição ou incompatibilidade serão considerados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão, mas nunca para o Conselho de Sentença.

O mesmo Conselho de Sentença poderá conhecer de mais de um processo, no mesmo dia, se as partes o aceitarem, hipótese em que

seus integrantes deverão prestar novo compromisso.

85.1.8. Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri. Da incomunicabilidade e das recusas

O Tribunal do Júri reunir-se-á para as sessões de instrução e julgamento nos períodos e na forma estabelecida pela lei local de organização judiciária. As reuniões poderão ser trimestrais, bimestrais, mensais ou contínuas, conforme a necessidade do serviço. Na Comarca da Capital de São Paulo, além de Tribunais do Júri centrais há, também, Tribunais do Júri nos Foros Regionais, atuando concomitantemente.

Distingue-se, pois, *reunião* de *sessão* do Tribunal. A reunião é o período em que os 25 jurados estarão à disposição para o julgamento dos processos preparados. A sessão é a audiência de julgamento pelo Conselho de Sentença em número de 7, escolhidos na forma adiante descrita.

Até o momento de abertura dos trabalhos da sessão, o juiz presidente decidirá os casos de isenção e dispensa de jurados e o pedido de adiamento de julgamento, mandando consignar em ata as deliberações.

Se o Ministério Público não comparecer, o juiz presidente adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, cientificadas as partes e as testemunhas. Se a ausência não for justificada, o fato será imediatamente comunicado ao Procurador-Geral de Justiça com a data designada para a nova sessão, cabendo ao Procurador-Geral providenciar a designação e apresentação de membro do Ministério Público para a data designada. Na história do

processo penal brasileiro já existiu a figura do Promotor *ad hoc*, mas que se tornou incompatível com a estrutura constitucional da carreira do Ministério Público.

Se a falta, sem escusa legítima, for do advogado do acusado, e se outro não for por este constituído, o fato será imediatamente comunicado ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, com a data designada para a nova sessão. Não havendo escusa legítima, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo o acusado ser julgado quando chamado novamente, ocasião em que o juiz intimará a Defensoria Pública para o novo julgamento, que será adiado para o primeiro dia desimpedido, observado o prazo mínimo de 10 dias, data em que, se o advogado anterior não comparecer, fará o júri o Defensor Público ou o advogado dativo nomeado pelo juiz com essa antecedência de 10 dias.

O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado. Os pedidos de adiamento e as justificações de não comparecimento deverão ser, salvo comprovado motivo de força maior, previamente submetidos à apreciação do juiz presidente do Tribunal do Júri.

Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor.

Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o juiz presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, aplicar-

lhe-á a multa prevista no § 2º do art. 436 do Código. À testemunha que comparecer, como o jurado, não terá desconto em seus salários ou vencimentos pela falta ao serviço.

Dispõe o Código que antes de constituído o Conselho de Sentença, as testemunhas serão recolhidas a lugar onde umas não possam ouvir os depoimentos das outras (art. 460). A norma, porém, pode ser praticamente impossível de ser cumprida. Imagine-se se algum fórum possa ter 10 salas separadas para cada testemunha, mais as destinadas a vítimas e acusados. Caberá, então, ao juiz providenciar, por meio do acompanhamento de Oficial de Justiça, que as testemunhas não se comuniquem. A providência, de qualquer maneira, é meramente formal, porque nada impede que não tenham elas se comunicado anteriormente fora do recinto forense.

O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade do início da segunda fase do procedimento do júri (art. 422), declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização. Se, intimada, essa testemunha não comparecer, o juiz presidente suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução. O julgamento será realizado mesmo na hipótese de a testemunha não ser encontrada no local indicado, se assim for certificado por oficial de justiça, porque o dever de indicar o endereço correto é da parte que a arrolou.

Superados esses incidentes o juiz presidente verificará se a urna contém as cédulas dos 25 jurados sorteados convocados para a

reunião e primeira sessão, mandando que o escrivão proceda à chamada deles.

Comparecendo, pelo menos, 15 jurados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento. O oficial de justiça fará o pregão, certificando a diligência nos autos. Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão computados para a constituição do número legal.

Não havendo o número mínimo acima referido, proceder-se-á ao sorteio de tantos suplentes quantos necessários, e designar-se-á nova data para a sessão do júri. Os nomes dos suplentes serão consignados em ata, remetendo-se o expediente de convocação, por correio ou qualquer outro meio hábil.

Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades a que estão sujeitos os jurados nos termos da lei e também os advertirá de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa. A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça no final dos trabalhos.

Desde o início e até seu fim regem a sessão os princípios da *concentração* e da *incomunicabilidade*.

Concentração significa que a sessão é una e única. Somente pode ser suspensa pelo tempo necessário à alimentação e ao repouso dos participantes. Diligências eventualmente necessárias devem ser feitas

imediatamente. Se houver interrupção da sessão, ainda que por motivo de força maior, como o mal súbito de um dos participantes, o adiamento implicará nova sessão completa no outro dia, nada se aproveitando da sessão anterior, que será totalmente desconsiderada.

Durante toda a sessão – e por essa razão é que não pode haver interrupção –, os jurados devem manter-se *incomunicáveis*. A incomunicabilidade se aplica aos jurados entre si e em face de terceiros. Não pode haver manifestação de opinião de qualquer jurado sobre o julgamento da causa, nem de terceiros para eles, salvo os debates das partes.

Verificando que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, o juiz presidente sorteará 7 dentre eles para a formação do Conselho de Sentença.

À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 cada parte, sem motivar a recusa. Nesse número, não se inclui a arguição de impedimento ou suspeição, que será imediatamente instruída e decidida. O jurado recusado imotivadamente por qualquer das partes ou declarado impedido, incompatibilizado ou suspeito será excluído daquela sessão de instrução e julgamento, prosseguindo-se o sorteio para a composição do Conselho de Sentença com os jurados remanescentes. Se forem 2 ou mais os acusados, as recusas poderão ser feitas por um só defensor. A separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de 7 jurados para compor o Conselho de Sentença. Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi

atribuída a autoria do fato ou, em caso de coautoria, aplicar-se-á o critério de preferência do Código

As recusas imotivadas que, como o nome diz, não dependem de qualquer fundamentação são chamadas de *recusas peremptórias*.

O juiz, o órgão do Ministério Público ou qualquer serventuário podem ter arguida sua suspeição, impedimento ou incompatibilidade fundamentadamente, havendo decisão imediata a respeito, sendo que, desacolhida tal arguição, como também a de algum jurado, o julgamento não será suspenso, devendo, entretanto, constar da ata o seu fundamento e a decisão.

Se, em consequência do impedimento, suspeição, incompatibilidade, dispensa ou recusa, não houver número para a formação do Conselho, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido, após sorteados os suplentes, como dispõe o art. 464.

Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

Cada jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo que foi elaborado pelo juiz no início da segunda fase do procedimento do júri (art. 423, II).

85.1.9. Da instrução em plenário e das atribuições do juiz

Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos no art. 473.

Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma normal do interrogatório (arts. 185 e s.), com pequenas adaptações a seguir indicadas.

O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.

Os jurados formularão perguntas por intermédio do juiz presidente.

O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou

técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos.

Durante o período em que permanecer no plenário do júri, não se permitirá o uso de algemas no acusado, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes, cabendo ao juiz a decisão tendo em vista as circunstâncias pessoais dos presentes e as condições do local.

Como se sabe, no júri brasileiro, o juiz não vota, mas sua atuação é de máxima importância na condução dos trabalhos, velando pela igualdade das partes, a serenidade do julgamento, a liberdade de convicção dos jurados, a disciplina dos trabalhos, a segurança dos participantes e presentes e a garantia da regularidade do julgamento.

O art. 497 enumera suas atribuições mais importantes, além de outras previstas em lei:

I – regular a polícia das sessões e prender os desobedientes;

II – requisitar o auxílio da força pública, que ficará sob sua exclusiva autoridade;

III – dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes;

IV – resolver as questões incidentes que não dependam de pronunciamento do júri;

V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;

VI – mandar retirar da sala o acusado que dificultar a realização do julgamento, o qual prosseguirá sem a sua presença;

VII – suspender a sessão pelo tempo indispensável à realização das diligências requeridas ou entendidas necessárias, mantida a incomunicabilidade dos jurados;

VIII – interromper a sessão por tempo razoável, para proferir sentença e para repouso ou refeição dos jurados;

IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer destes, a arguição de extinção de punibilidade;

X – resolver as questões de direito suscitadas no curso do julgamento;

XI – determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade;

XII – regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até 3 minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo desta última.

85.1.10. Dos debates

Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante. O assistente falará depois do Ministério Público. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada, falará em primeiro lugar o querelante e,

em seguida, o Ministério Público, salvo se este houver retomado a titularidade da ação, na forma do art. 29 do Código.

Finda a acusação, terá a palavra a defesa.

Após, a acusação poderá replicar e a defesa tréplica. Só haverá tréplica se o Ministério Público oferecer réplica, ainda que sucinta e rápida, e qualquer que seja o tempo utilizado por ele o tempo da tréplica será integral.

Questiona-se se a defesa pode inovar na tréplica, ou seja, apresentar na tréplica tese até então não constante dos autos. Ainda que isso possa causar surpresa para a acusação, a garantia da ampla defesa assegura que isso seja permitido. Esse expediente, porém, se estrategicamente pretendido pela defesa é muito perigoso, porque pode não haver tréplica se a acusação, na falta de argumentos consistentes da defesa, não faz a réplica, o que pode levar o réu a ser considerado indefeso.

O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado no art. 477. O juiz deverá levar em conta, no caso de mais de um acusador (Ministério Público e assistente), que o titular da ação penal pública é o Ministério Público, devendo dividir o tempo, portanto com prevalência para o órgão oficial.

Havendo mais de 1 acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 hora e elevado ao dobro o da réplica e da

tréplica, observado o disposto no § 1º do art. 477.

Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências (art. 478):

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Compreende-se na proibição do art. 479 a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados. É permitida a leitura ou exibição de textos ou materiais genéricos, exemplificativos, tais como livros de doutrina ou modelos. Nada, porém, relativo ao fato concreto que esteja sendo julgado, salvo conhecimento da parte contrária com a antecedência mínima de 3 dias, a fim de que possa aquela produzir contraprova.

A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.

Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos. Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos. Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente. Será, também, admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário se houver dúvida relevante e a necessidade assim reconhecida pelo juiz.

Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias (art. 481). Se a diligência consistir na produção de prova pericial, o juiz presidente, desde logo, nomeará perito e formulará quesitos, facultando às partes também formulá-los e indicar assistentes técnicos, no prazo de 5 dias.

Esta última hipótese, qual seja, a de haver necessidade insuperável de prova de fato essencial para o julgamento, torna inútil toda a sessão do júri, que deverá ser recomeçada em outra data integralmente, desde o sorteio de novo Conselho, tendo em vista a proibição de partir daquele que participou, a qualquer título, do Conselho anterior.

O tempo de acusação e de defesa, em princípio, é exclusivo.

O art. 487, XII, porém, estabelece, entre os poderes do juiz presidente, o de regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até 3 minutos para cada aparte requerido, que serão

acrescidos ao tempo desta última. Trata-se dos apartes, não previstos expressamente na versão original do Código, mas da praxe forense. As intervenções, porém, deverão ser moderadas, de modo que, se houver excesso, o juiz deverá providenciar para que seja respeitado o prazo de cada parte, determinando, inclusive, a retirada daquele que estiver perturbando o andamento dos trabalhos.

85.1.11. Do questionário e sua votação

O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.

Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre (art. 483):

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

O presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito.

Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação. Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no *caput* do art. 485. O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente.

Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 delas a palavra *sim*, 7 a palavra *não*.

Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas.

Após a resposta, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, o presidente determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento. Do termo também constará a conferência das cédulas não utilizadas.

As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.

Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.

Retornando ao art. 483, repita-se que os quesitos serão formulados com as seguintes indagações:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

A resposta negativa, de mais de 3 jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II acima encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

Respondidos afirmativamente por mais de 3 jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* do art. 483 será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

Decidindo os jurados pela condenação, ou seja, respondendo mais de 3 jurados *não* a esse quesito, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o segundo ou terceiro quesito, conforme o caso.

Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

Outras alternativas jurídicas, além dessas expressamente previstas, poderão aparecer no caso concreto, como, por exemplo, o excesso doloso ou culposo na legítima defesa ou a ocorrência de teses alternativas da defesa.

Essas situações terão de ser apresentadas pelas partes nos debates e traduzidas em quesitos pelo juiz, com respeito à lógica da votação, no plano jurídico, cronológico e lógico propriamente dito. Somente com a prática e, lamentavelmente, a repetição de julgamentos por nulidade é que se chegará a um padrão de quesitos para as diversas situações específicas.

A formulação correta dos quesitos e o reconhecimento das consequências da decisão sobre cada um são fundamentais no júri, gerando, aliás, questões inúmeras, que têm levado constantemente à nulidade do julgamento.

Os problemas relativos a quesitos e suas respostas, ademais, comportariam um livro, e mesmo assim, certamente, não esgotariam o assunto. Seria precipitado, nesta oportunidade, antecipar questões sobre quesitos, mas poderiam ser consignadas algumas observações, mais a título de cautela e orientação:

1. Haverá uma série de quesitos para cada infração, e, no caso de coautoria ou participação, os quesitos para cada réu não poderão

referir nominalmente o outro, o qual será indicado apenas como “terceira pessoa”.

2. Os quesitos a serem submetidos aos jurados são extraídos das teses apresentadas na instrução preliminar e devem corresponder às hipóteses legais, ou seja, às teses que, nos termos do Código Penal, possam ter consequência jurídica nele prevista. Assim, não será admissível pretender-se incluir em votação circunstância de diminuição de pena não prevista no Código Penal, isso porque, ainda que o júri a reconheça, não tem o juiz como aplicar um resultado que dela decorreria se não previsto na lei.

3. Havendo crimes conexos, a negativa aos primeiro e segundo quesitos não retira do júri a competência para julgá-los, porque, se pode o júri absolver o acusado do crime de homicídio, tem competência para julgar os demais. Diferente é a situação se ocorre a desclassificação em virtude de quesito específico proposto pela defesa de que o fato não constitui crime de homicídio, porque, incompetente para ele, não é competente para os conexos. Havendo a desclassificação, o juiz presidente julga o remanescente do que era antes classificado como crime doloso contra a vida e os conexos.

Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas.

Se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.

Encerrada a votação, será o termo descritivo dos votos e das cédulas não utilizadas assinado pelo presidente, pelos jurados e pelas partes.

85.1.12. Da sentença e da ata dos trabalhos

Finda a votação e assinado o respectivo termo, o juiz proferirá sentença em consonância com os elementos referidos no capítulo próprio (relatório, fundamentação e dispositivo ou conclusão), mas cuja fundamentação é apenas o resultado da votação. Deverá, todavia, ser fundamentada no que concerne à quantidade da pena, ao primeiro regime, à concessão, ou não, do direito de apelar em liberdade ou à eventual conversão da pena em medida de segurança do semi-imputável. Ou seja, tudo que seja de competência do juiz presidente deve ter fundamentação.

Anomalmente encerra-se a sessão de julgamento sem sentença de mérito se o juiz verifica alguma irregularidade insanável, a quebra da incomunicabilidade, a necessidade de diligência que não possa realizar-se imediatamente ou se considera o réu indefeso, em virtude de falta de defesa que atenda ao mínimo de interesse do acusado. Em qualquer hipótese, haverá designação de outra data, se possível dentro do mesmo período de reunião, reiniciando-se, contudo, todo o procedimento da sessão plenária no novo dia.

Não sendo esse o caso, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

- a) fixará a pena-base;
- b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

- c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;
- d) observará as demais disposições do art. 387 do Código;
- e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;
- f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação;

II – no caso de absolvição:

- a) mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso;
- b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas;
- c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, a regra relativa às infrações de pequeno potencial ofensivo.

A sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento. A conclusão da leitura encerra a sessão.

De toda a sessão é lavrada ata circunstanciada pelo escrivão (art. 494), sendo assinada pelo juiz e pelas partes.

A ata descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente:

I – a data e a hora da instalação dos trabalhos;

II – o magistrado que presidiu a sessão e os jurados presentes;

III – os jurados que deixaram de comparecer, com escusa ou sem ela, e as sanções aplicadas;

IV – o ofício ou requerimento de isenção ou dispensa;

V – o sorteio dos jurados suplentes;

VI – o adiamento da sessão, se houver ocorrido, com a indicação do motivo;

VII – a abertura da sessão e a presença do Ministério Público, do querelante e do assistente, se houver, e a do defensor do acusado;

VIII – o pregão e a sanção imposta, no caso de não comparecimento;

IX – as testemunhas dispensadas de depor;

X – o recolhimento das testemunhas a lugar de onde umas não pudessem ouvir o depoimento das outras;

XI – a verificação das cédulas pelo juiz presidente;

XII – a formação do Conselho de Sentença, com o registro dos nomes dos jurados sorteados e recusas;

XIII – o compromisso e o interrogatório, com simples referência ao termo;

XIV – os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos;

XV – os incidentes;

XVI – o julgamento da causa;

XVII – a publicidade dos atos da instrução plenária, das diligências e da sentença.

A falta da ata sujeitará o responsável a sanções administrativa e penal.

Além da ata, documentam a sessão os termos de cada evento, havendo, pois, um termo de interrogatório, um termo de audiência de cada testemunha, um termo de votação, um termo de compromisso dos jurados etc.

85.2. Procedimentos especiais do Código

85.2.1. Aspectos gerais

O Código não prevê grande número de procedimentos especiais, o que é justificável porque não existe na área penal a variedade de situações que existe na área cível.

Neste item serão examinados os procedimentos especiais condenatórios do Código e também o *habeas corpus* e a revisão criminal, que são ações previstas inadequadamente no capítulo dos recursos.

O Código não prevê procedimentos especiais completos. São previstas disposições especiais, adotando-se, em seguida, o procedimento comum. Não se destacou neste trabalho o procedimento de restauração de autos extraviados ou destruídos, dada a sua menor ocorrência. Quanto a ele, porém, cabe observar que a decisão que julga a restauração (art. 547) é preclusiva, dela

cabendo apelação (art. 593, II), só admitindo revisão se forem encontrados os autos originais.

85.2.2. Procedimento dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos

O procedimento dos arts. 513 a 518 é o adequado para os crimes afiançáveis de responsabilidade de funcionários públicos, previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, com o conceito de funcionário público de seu art. 327, mas somente a eles, não se aplicando a outros crimes, ainda que praticados por funcionários públicos. A recíproca também é verdadeira: se há particular em coautoria ou participação, o procedimento especial não se aplica a ele.

Há divergência quanto à adoção do procedimento se o funcionário já deixou o cargo. Nosso entendimento acompanha o de Damásio Evangelista de Jesus^[165], no sentido de que, cessada a qualidade de funcionário público, não tem mais razão o procedimento especial, que visa a resguardar o servidor de acusação temerária que poderia perturbar o exercício da função.

No caso de crimes conexos, prevalece, como é a regra geral, o procedimento do crime mais grave. Mas, se houver aditamento da denúncia, com a inclusão de crime de responsabilidade de funcionário público, deve, com relação a ele, proceder-se na forma do art. 514.

O procedimento especial agora comentado foi instituído apenas para os crimes afiançáveis, mas, em virtude das modificações feitas no capítulo da fiança (item 61.3), praticamente *todos* os crimes do capítulo correspondente do Código Penal passaram a ser afiançáveis,

devendo, pois, ser adotado o procedimento especial, inclusive, por exemplo, no caso de peculato.

A nulidade decorrente da não adoção do procedimento dos arts. 513 e seguintes é relativa, porque a defesa preliminar foi instituída em favor do acusado (norma cogente do interesse da parte), devendo, pois, para ser decretada *a posteriori*, haver prova do prejuízo.

A denúncia ou queixa (subsidiária do ofendido, que é a pessoa jurídica a que pertence o funcionário, porque os crimes são de ação pública) pode ser instruída com peças de informação, documentos ou justificção, mas a regra é a realização de inquérito policial.

Se a peça estiver em ordem, o juiz mandará autuá-la e determinará a notificação do acusado para apresentar defesa preliminar por escrito no prazo de 15 dias. Se o acusado não for encontrado, será nomeado defensor para apresentá-la. O Código previa a mesma hipótese se o acusado se encontrasse fora da jurisdição do juiz. Tal dispositivo, porém, ofende a ampla defesa e não pode ser aplicado. Nesse caso deve haver notificação por precatória[166].

Essa notificação, na verdade, é citação, porque é a convocação do réu a juízo, podendo seguir-se, como se verá, sentença de mérito, que seria impossível sem que estivesse instaurado o processo contraditório.

Durante o prazo de 15 dias, os autos permanecerão em cartório, podendo ser consultados pelo acusado e seu defensor.

Na defesa preliminar, o acusado poderá juntar documentos e justificações. Justificações são testemunhas ouvidas em separado e previamente.

Se o juiz se convencer, pela defesa preliminar, da inexistência do crime ou da improcedência da ação, rejeitará a denúncia ou queixa.

Tal decisão tem natureza de sentença, fazendo coisa julgada material porque é decisão definitiva de mérito. Deverá, pois, ser fundamentada. Poderá, ainda, haver rejeição por outro motivo, como, por exemplo, ilegitimidade de parte, hipótese em que não ocorrerá a coisa julgada.

Não se convencendo da inexistência do crime ou da improcedência da ação, o juiz receberá a denúncia ou queixa, determinando a citação do réu (se se entende que a notificação já foi citação, o ato, agora, é de intimação), prosseguindo-se nos termos do procedimento comum ordinário com a audiência concentrada.

A decisão que recebe a denúncia ou queixa não deve ser fundamentada, inclusive para evitar prejulgamento.

85.2.3. Procedimento dos crimes contra a honra

Os arts. 519 a 523 preveem o procedimento dos crimes, segundo o texto do Código, de "calúnia e injúria de competência do juiz singular".

Lembra Gustavo Henrique Badaró que, diante da Lei n. 9.099 e, principalmente, da alteração sofrida na redação do seu art. 61, o âmbito de incidência desse procedimento ficou bastante reduzido (à semelhança

daquele previsto nos arts. 43 a 48 da Lei n. 5.250, de 1967)[167].

Com a nova redação do art. 61, dada pela Lei n. 11.313, de 2006, o limite da pena máxima para a transação penal foi ampliado para dois anos (antes, um ano), abrangendo, portanto, os crimes de calúnia, difamação e injúria do Código Penal (cujas penas máximas não excedem dois anos). Além disso, a lei alteradora eliminou a restrição antes existente de não aplicabilidade da transação nos “casos em que a lei preveja procedimento especial”.

No entanto, como bem ressalva o citado autor, excepcionalmente, mesmo consideradas infrações de menor potencial ofensivo, será inaplicável o procedimento sumaríssimo, sendo o feito remetido ao juízo comum, quer na hipótese do acusado não ser localizado, caso em que será citado por edital (art. 66, parágrafo único), quer porque devido à complexidade do caso é impossível oferecimento da queixa oral (art. 77, § 3º)[168].

Foi omitida a difamação, mas que evidentemente se processa pelo mesmo rito. A referência ao juiz singular tinha razão de ser porque houve época em que os crimes contra a honra praticados pela imprensa eram julgados pelo júri.

O procedimento especial se caracteriza pela realização, antes do recebimento da queixa, de audiência de conciliação. Não se aplica o procedimento aos crimes contra a honra iniciados por denúncia (crimes contra a honra praticados contra funcionário público), os quais são de ação pública mediante representação e em que, oferecida a denúncia, é impossível a retratação, de modo que não teria cabimento tentativa de reconciliação, que seria, ademais, irrelevante e impertinente.

Na audiência, o juiz ouvirá separadamente as partes, sem a presença de advogados. Verificando a possibilidade de conciliação, o juiz promoverá o entendimento entre as partes, aí já na presença dos advogados, lavrando-se termo de desistência da queixa, que será arquivada.

Se não houver entendimento, o juiz mandará lavrar termo de insucesso da audiência de conciliação, decidindo sobre o recebimento ou rejeição da queixa. Recebida a queixa, proceder-se-á na forma do procedimento dos crimes de reclusão, como em todos os procedimentos especiais do Código.

Há divergência sobre se o juiz pode, ou não, determinar a condução coercitiva das partes para a tentativa de conciliação. No mesmo sentido do que sustentamos no processo civil, entendemos que não. Coerção é incompatível com conciliação. O não comparecimento da parte significa a manifestação prévia e inequívoca de não se conciliar, devendo o juiz, no caso, considerar prejudicada a tentativa, decidindo sobre o recebimento da denúncia.

É comum o procedimento dos crimes contra a honra ser precedido do pedido de explicações previsto no art. 144 do Código Penal e que não tem procedimento previsto no Código de Processo. Na falta de disciplina especial, por analogia aplica-se o procedimento do art. 867 do Código de Processo Civil previsto para as notificações e interpelações. Feito o pedido de explicações, em petição, o juiz mandará notificar o requerido para se manifestar. Com as explicações ou sem elas, o juiz mandará entregar os autos ao requerente para, se quiser, promover a queixa. A decisão quanto a serem as explicações satisfatórias, ou não, conforme disposição do Código Penal, é do juiz da ação penal e não do juiz do pedido de explicações, que não tem jurisdição contenciosa para fazer esse reconhecimento. O procedimento do pedido de explicações é preparatório e não condicionante do oferecimento da queixa. Assim, não haverá decisão do juiz do pedido de explicações, logo não há de que se recorrer. O pedido de explicações não interfere no prazo decadencial, que continua correndo, não se admitindo pedido de explicações se a decadência já ocorreu. O pedido de explicações é considerado ato anterior à ação penal, de modo que previne a competência do juízo nos termos do art. 83 do Código.

Antes do recebimento da queixa, ou seja, na fase da conciliação, tem-se que o juiz não é autoridade coatora, logo não caberia *habeas corpus* contra ele. Há decisões, porém, admitindo a rejeição liminar da queixa se inepta, antes de se fazer a audiência de conciliação. Apoiamos tal entendimento, porque não deve o juiz permitir o ônus de comparecer em juízo a alguém se o instrumento utilizado não é adequado. Esta última colocação, porém, põe em dúvida não ser o

juiz autoridade coatora na fase de conciliação. Entendemos que é, porque a simples convocação em juízo já significa um constrangimento, o qual, se ilegal, pode ser questionado por *habeas corpus*.

Outra situação peculiar aos crimes contra a honra é a apresentação, pelo réu, da exceção da verdade, que pode, aliás, provocar a deslocação da competência se ocorrer a hipótese do art. 85.

A exceção da verdade não é um procedimento ritual no Código, mesmo porque é exceção material, que interfere na existência do crime, e não no processo.

Apesar de o Código, no aspecto redacional, dar a entender o contrário, a exceção da verdade ou da notoriedade do fato deve ser apresentada na defesa prévia, independentemente de peça autônoma. Não há previsão legal de autuação em apenso. Deverá o juiz apreciá-la como aprecia os demais elementos do crime, por ocasião da sentença de mérito. Mesmo no caso do entendimento dado ao art. 85, de que o tribunal aprecia somente a exceção, é o processo inteiro que deve subir ao tribunal, aguardando-se a decisão sobre a exceção para, depois, prosseguir-se no julgamento dos demais elementos do crime se for ela rejeitada. Não tem cabimento a autuação em apenso de uma questão relativa a uma elementar da infração penal, cujo exame fará parte da sentença. Veja-se: se o juiz mandar autuar em apenso para dotá-la de procedimento próprio, o juiz nela proferirá sentença? Sentença sobre um dos elementos do crime? Duas sentenças sobre o mérito no mesmo processo? Ainda que com alguma derivação procedimental, a instrução da exceção da

verdade deve ser conjunta com a apuração dos demais elementos da infração.

Apresentada e admitida a exceção da verdade, deverá ser dada vista ao querelante para contestá-la no prazo de 2 dias, podendo ser inquiridas sobre a questão as mesmas testemunhas arroladas na queixa. Na contestação à exceção, o querelante poderá substituir as testemunhas arroladas na queixa ou indicar outras até o máximo legal. Isso porque a exceção altera o âmbito do objeto da prova relevante.

Não é o caso, neste trabalho, de discutir as restrições à exceção da verdade previstas no Código Penal, condicionadas à qualidade da autoridade ofendida (Presidente da República e Chefe de Governo estrangeiro). Todavia, é o caso de consignar que entendemos que aquelas restrições foram revogadas pela Constituição de 1988, tendo em vista a plenitude do regime democrático, no qual a verdade não admite restrição à sua emergência, qualquer que seja a autoridade envolvida.

85.2.4. Procedimento dos crimes contra a propriedade imaterial

Nos crimes contra a propriedade imaterial que deixaram vestígios, o corpo de delito é aferido mediante a busca e apreensão prévia dos objetos apontados como violadores daquele direito, e a ação penal não pode ser instaurada sem ela (art. 525). Nos crimes que não deixaram vestígios, aplica-se o art. 167 do Código, mas o procedimento é sempre o procedimento comum ordinário porque mais amplo.

O ofendido deverá requerer a busca e apreensão e o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito, apresentando desde logo os quesitos que deseja sejam respondidos pelos peritos. Recebida a petição, o juiz designará dois peritos, que realizarão a diligência, verificando se há fundamento para a apreensão, e, quer ela se realize, ou não, apresentarão seu laudo no prazo de 3 dias após o encerramento da diligência.

No caso de o laudo ser contrário à apreensão, o requerente poderá impugná-lo, podendo o juiz determinar a apreensão se entender que são improcedentes as razões apresentadas pelos peritos. Da decisão do juiz que indefere a apreensão cabe apelação, porque se trata de decisão com força de definitiva (art. 593, II). A decisão que determina a apreensão é irrecorrível, porque a integridade e correção do laudo serão examinadas por ocasião da ação penal.

Apresentado o laudo, será ele homologado pelo juiz (art. 528).

A apreensão tem por fim a realização da prova, de modo que deve limitar-se à quantidade de objetos necessária ao exame. A apreensão total dos objetos não tem cabimento no procedimento preparatório penal, devendo ser requerida, se for o caso, como providência civil.

Além do laudo que constitui o exame de corpo de delito, o ofendido deve demonstrar que tem o direito de ação, isto é, que é parte legítima para propô-la, fazendo prova de que é o titular do direito imaterial violado.

Nos casos de ação penal exclusivamente privada, não será admitida queixa com fundamento em apreensão e perícia depois de 30 dias da homologação do laudo (art. 529). A compatibilização desse prazo com o de decadência geral da ação penal exclusivamente

privada (6 meses) é muito controvertida[169]. A orientação mais recente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se trata de prazo especial, afastando a aplicação do prazo geral.

Essa conclusão, todavia, é parcial, não resolvendo a hipótese de o ofendido demorar mais de 6 meses da data do conhecimento do fato para requerer a busca e apreensão. Seria absurdo subordinar a decadência à exclusiva vontade do ofendido quanto ao início do prazo decadencial, e não foi essa a hipótese que o Supremo decidiu. Os dois prazos, inclusive respeitando a orientação do Supremo Tribunal Federal, são conciliáveis. Ocorre a decadência se o ofendido, tendo conhecimento do fato, não promove a busca e apreensão dentro de 6 meses. Requerida a apreensão dentro desse prazo, aplica-se o prazo especial, ocorrendo a decadência dentro de 30 dias da homologação do laudo, ainda que os 6 meses do conhecimento do fato não se tenham esgotado.

Quanto ao início do prazo de 30 dias, deve ser considerada a data da homologação e não a da intimação do ofendido, o qual tem o ônus de acompanhá-la. O prazo de decadência é de direito material, logo, não se subordina ao sistema de prazos processuais, independentemente, pois, de intimação.

O prazo de 30 dias acima referido é reduzido a 8 se o acusado estiver preso (art. 530).

Essas considerações não se aplicam se se trata de ação penal pública, em relação à qual não ocorre a decadência (art. 530-A).

Em se tratando de ação penal pública incondicionada ou condicionada, deverão ser obedecidas as seguintes disposições (art.

530-I):

No caso das condutas descritas nos §§ 10, 20 e 30 do art. 184 do Código Penal, a autoridade policial procederá à apreensão dos bens que de forma ilícita foram produzidos ou reproduzidos, em sua totalidade, incluindo os equipamentos etc. que possibilitaram sua existência (art. 530-B), sendo todos os bens apreendidos submetidos a perícia (art. 530-D). O termo de apreensão será assinado por duas ou mais testemunhas, e deverá integrar o inquérito policial (art. 530-C). Serão fiéis depositários os titulares do direito de autor e os que lhe são conexos (art 530-E).

Não sendo o caso de se preservar o corpo de delito, o juiz poderá determinar, a requerimento da vítima, a destruição da produção ou reprodução apreendida quando não houver impugnação quanto à sua ilicitude ou quando a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito (art. 530-F).

Oferecida a denúncia ou queixa, o procedimento que se segue é o comum ordinário.

O juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos nos termos do art. 530-G.

85.2.5. Procedimento dos crimes de competência originária dos tribunais

O procedimento dos crimes de competência originária dos tribunais sofreu muitas modificações decorrentes de alterações da própria estrutura do Poder Judiciário.

Assim, pela Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal recebeu a competência anômala de legislar sobre os processos de sua competência, de modo que o seu Regimento Interno, disciplinando a ação penal originária, revogou o Código de Processo Penal a respeito. A Constituição de 1988 não mais previu aquela competência legislativa, caducando o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A Lei n. 8.038/90 regulou o procedimento da ação penal originária perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, passando, então, a disciplinar a matéria para esses Tribunais.

Por outro lado, a Constituição de 1988 atribuiu competência originária aos Tribunais de Justiça para o processo e julgamento de infrações penais praticadas por Prefeitos Municipais, cujos crimes de responsabilidade eram processados segundo o procedimento do Decreto-Lei n. 201/67. Algumas normas desse procedimento ficaram preservadas, como a que prevê o afastamento do cargo e a prisão preventiva, agora a serem aplicadas pelo Tribunal.

Finalmente, a Lei n. 8.658, de 26 de maio de 1993, revogou o Título III do Livro II do Código de Processo Penal, que disciplinava a ação penal nos crimes de competência originária, mandando aplicar às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais a Lei n. 8.038/80 (arts. 1º a 12, inclusive), que passou, então, a reger a matéria, substituindo definitivamente o Código de Processo Penal.

Nos termos desse diploma, a denúncia deverá ser oferecida no prazo de 15 dias se o acusado estiver solto e de 5 se estiver preso,

cabendo ao desembargador ou juiz relator as funções de juiz da instrução, com as funções correspondentes às do juiz singular, em geral.

Antes do recebimento da denúncia ou queixa, o acusado será notificado para oferecer resposta no prazo de 15 dias.

Recebida a denúncia ou queixa, a instrução obedecerá o procedimento comum do Código de Processo Penal (v. item 82), seguindo-se prazo para requerimento de diligências (5 dias) e de alegações finais escritas (15 dias), sucessivamente para cada parte.

No dia do julgamento, perante o Tribunal Pleno ou Órgão Especial, a acusação e a defesa terão sucessivamente o prazo de uma hora para sustentação oral, assegurado ao assistente um quarto de tempo da acusação. Encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto das partes e seus advogados, ou somente destes, se o interesse público o exigir. Os Regimentos Internos dos Tribunais, supletivamente, poderão estabelecer normas complementares sobre o julgamento.

85.2.6. O "habeas corpus"

Originário da Magna Carta, mas definitivamente consagrado nas declarações universais de direitos, constitui-se o *habeas corpus* no mais eficiente remédio para a correção do abuso de poder que compromete a liberdade de locomoção.

Sua definição básica encontra-se no texto constitucional (art. 5º, LXVIII), que dispõe:

“Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de

locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

A compreensão de seu nome já dá os contornos básicos do instituto. *Habeas corpus* significa “tome o corpo”, isto é, submeta-se o paciente à vista do juiz para que verifique a coação e o liberte, se for o caso. A liberdade protegida é a liberdade física.

Sua finalidade é a proteção da liberdade de locomoção, a liberdade de ir e vir, natural e primária, atingida ou ameaçada por ato ilegal ou abusivo. Outras liberdades públicas terão amparo pelo mandado de segurança, previsto no inciso seguinte do mesmo artigo da Constituição Federal.

O cabimento da medida está regulado no Código de Processo Penal, o qual esclarece, ainda (arts. 647 e 648):

“Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

A coação considerar-se-á ilegal:

I – quando não houver justa causa;

II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI – quando o processo for manifestamente nulo;

VII – quando extinta a punibilidade”.

A enumeração, cujos termos serão analisados em seguida, não é taxativa. Não só porque a falta de “justa causa” que é prevista no inciso I é suficientemente ampla para abranger outros casos não previstos, mas também porque qualquer restrição que pretendesse a lei ordinária fazer seria inconstitucional, em face da amplitude do texto da Carta Magna.

Discutiu-se a respeito da natureza jurídica do *habeas corpus*, se recurso ou ação autônoma.

Hoje, todavia, dominante é o entendimento de que a impetração é verdadeira ação, ainda que tenha por objeto impedir coação ilegal da própria autoridade judiciária. Recurso é um pedido de reexame de uma decisão, dentro de um processo; no caso do *habeas corpus*, o pedido é autônomo e originário, e se desenvolve em procedimento independente. A pretensão do paciente é a correção da violência à liberdade, que pode ou não decorrer de um processo, mas não se submete aos seus trâmites procedimentais. Pontes de Miranda e José Frederico Marques decididamente o classificam como ação, de conteúdo mandamental ou constitutivo.

Qualquer pessoa natural pode ser impetrante de *habeas corpus* e, mesmo, uma pessoa pode impetrar por outra, ou o Ministério Público, e o próprio órgão jurisdicional pode concedê-lo de ofício; pessoa jurídica não pode ser beneficiária da medida, porquanto não tem liberdade de locomoção a ser protegida[170]. O benefício da ordem, portanto, é privativo da pessoa natural, pessoa humana, podendo, porém, pessoa jurídica impetrar em favor desta. O *writ* nasceu para reparar a violação da liberdade de ir e vir praticada por autoridade, por agente público, e, normalmente, é ela que figura como coatora.

Todavia, a jurisprudência e a doutrina têm admitido a impetração contra ato de particular que esteja causando restrição da liberdade de outrem. Ainda que tecnicamente tal solução seja discutível, porque contra ato de particular é admissível a ação policial ou administrativa, na prática convém admitir o *habeas corpus* contra particular, desde que seja esse o meio mais rápido e eficiente para obter a cessação da coação.

A medida é dirigida diretamente contra a autoridade coatora por ato pessoal seu, sendo autoridade coatora aquela sob as ordens de quem se encontra preso o paciente ou que determinou a restrição da liberdade. Qualquer autoridade, por mais especial que seja, pode ser sujeito passivo de *habeas corpus*, inclusive a judicial.

Como dissemos, a enumeração do Código de Processo Penal é exemplificativa no que se refere às hipóteses de coação ilegal, porque qualquer outra coação à liberdade de locomoção, imediata ou mediata, gera a possibilidade de *habeas corpus*.

De regra, podemos dizer que é legítima a restrição à liberdade quando a prisão decorre de flagrante legalmente caracterizado ou de ordem de autoridade judiciária competente, fundada em processo penal ou outro procedimento considerado suficiente pela lei.

A coação, por outro lado, para ser legítima, deve sempre respeitar o prazo legalmente admitido. Assim, da prisão em flagrante até a sentença penal condenatória, o Código de Processo Penal prevê prazos máximos para a prática dos atos processuais: 10 dias para a conclusão do inquérito policial, 5 dias para a denúncia, 10 dias para resposta do acusado, 60 dias para audiência etc. Se esses prazos

forem excedidos, salvo motivo justo, a prisão decorrente do flagrante torna-se ilegal, ensejando o seu relaxamento por *habeas corpus* se o próprio juiz não o determinar. Igualmente, decorrido o tempo fixado na sentença para o cumprimento da pena, não mais é legítima a manutenção da prisão. Neste caso, para o cálculo da pena, devem ser levadas em consideração todas as normas do Código Penal a respeito da detração penal (tempo que deve ser computado como de cumprimento de pena) ou de benefícios que possam acarretar a diminuição da pena.

É, também, ilegal a coação determinada por autoridade incompetente.

Salvo o caso de prisão disciplinar militar ou por crime militar (conforme inciso LXI do art. 5º da CF), a autoridade competente para decretar a prisão é o juiz de direito. Mas pode o próprio juiz, às vezes, ser incompetente, quando a competência for, por exemplo, de outro juiz, em razão da natureza da jurisdição, do território ou da matéria.

Se, também, cessou o motivo que legitimava a ordem de coação, da mesma forma tornou-se ilegal a restrição à liberdade, ainda que anteriormente tivesse subsistência. É o caso, por exemplo, de uma lei nova que anistiasse crime anterior ou mesmo que deixasse de considerar crime fato anteriormente considerado criminoso. Na mesma hipótese estaria, também, o fato de ser alguém mantido na prisão por força de mandado de captura já cassado pelo juiz, mas que ainda fosse considerado em vigor pela autoridade penitenciária.

Outra hipótese de cabimento do pedido de *habeas corpus* é a da recusa por parte da autoridade policial ou judicial em admitir a

alguém prestar fiança quando a lei o permite.

Fora dos casos em que não é permitida a fiança, ninguém será levado à prisão ou nela conservado se quiser prestá-la nos termos da lei. Negar ao réu ou indiciado esse direito constitui coação ilegal corrigível mediante *habeas corpus* (o inciso LXVI consagra a regra).

É, ainda, coação ilegal a manutenção de processo manifestamente nulo contra alguém. Mesmo que desse processo não se origine ordem direta de prisão, o simples fato da existência de um processo penal nulo contra uma pessoa constitui constrangimento ilegítimo. Com efeito, o processo gera consequências de ordem pessoal, vinculando o réu ao distrito da culpa, obrigando-o a comparecer quando convocado e gerando a ameaça da imposição de pena, o que é suficiente para caracterizar restrição à liberdade e, conseqüentemente, a apreciação através do *writ* constitucional.

A expressão legal "manifestamente nulo" significa que, no *habeas corpus*, não se deve fazer o exame da prova do processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inciso VI do art. 648 com o inciso I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de

ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita.

É certo que, às vezes, os tribunais têm examinado, para apurar a justa causa, amplamente, o material probatório dos autos, mas, entendida nos termos acima, a análise da justa causa constitui uma garantia da liberdade, porquanto não teria sentido submeter-se alguém a um processo penal absolutamente inviável e, portanto, abusivo.

Pode ser trancado, também, o inquérito policial se instaurado em face de alguém para apurar fato atípico ou infração que manifestamente não pode ter cometido. Tranca-se a ação penal se não se forma juízo de *probabilidade* da ocorrência da infração e da autoria; tranca-se o inquérito se não se forma sequer juízo de *possibilidade*.

É possível, ainda, o *habeas corpus* para a declaração, anterior ou posterior ao processo, de que está extinta a punibilidade. Diz-se que há extinção da punibilidade quando ocorre algum dos motivos legais, como a prescrição, perempção ou outros previstos no art. 107 do Código Penal, os quais impedem a propositura do processo, seu prosseguimento ou a produção dos efeitos de condenação se esta já aconteceu. A extinção da punibilidade elimina o vínculo delito-pena e, portanto, libera o acusado das restrições a que poderia eventualmente estar sujeito, daí não ser legítima a coação quando houver ocorrido fato que a tenha determinado.

Observe-se que todas essas hipóteses expressamente previstas na lei como de coação ilegal poderiam ser englobadas no conceito

definido no inciso I do art. 648, isto é, considerar-se-á ilegal a coação quando não houver justa causa. Ademais, outras hipóteses, ainda que não enquadráveis desde logo nos outros incisos, encontram abrigo na “falta de justa causa”, como a acima aludida referente à inexistência de base para a acusação. Sobre a chamada inépcia material, v. item 27.

O *habeas corpus* corrige a coação ilegal ainda que decorrente de sentença penal transitada em julgado. Não fará, é claro, o exame da prova do processo para a correção do erro judiciário, o que deve ser providenciado através de outra ação prevista na legislação penal, que é a revisão criminal. Mas a nulidade, a extinção da punibilidade, a falta de justa causa são examinadas no *habeas corpus*, ainda que se tenha de desfazer a coisa julgada. Prevalece, *in casu*, a proteção ao direito individual da liberdade sobre a imutabilidade da *res judicata*, que é, na hipótese, relativa.

O remédio pode ser impetrado após a consumação da coação ilegal e será, neste caso, repressivo, corretivo ou liberativo; ou antes que a coação se consuma, desde que haja receio de que venha a concretizar-se, chamando-se, então, preventivo.

Deverá ser proposto contra a autoridade por ordem da qual se encontra o paciente detido ou sob a responsabilidade de quem foi expedida a ordem ilegal. Assim, por exemplo, se houve uma prisão em flagrante fora dos requisitos legais e o inquérito policial já foi concluído, encontrando-se em juízo, mesmo que o juiz não se manifeste a respeito confirmando a prisão, é ele a autoridade coatora, porque aceitou a manutenção da coação, assumindo, portanto, a responsabilidade sobre ela. Neste caso, se o juiz não

relaxar a prisão, caberá *habeas corpus* contra ele perante o tribunal competente para o julgamento da eventual ação penal que possa decorrer do inquérito.

O procedimento do *habeas corpus* é rápido e eficiente.

Recebida a petição, o juiz, se necessário, e se estiver preso o paciente, poderá mandar que este lhe seja imediatamente apresentado, em dia e hora que designar (CPP, art. 656), ou, se necessário, poderá locomover-se ao local em que o paciente se encontrar.

O juiz poderá, também, solicitar informações da autoridade apontada como coatora, no prazo que estabelecer, e, ainda, se achar conveniente, interrogar o beneficiário, decidindo, em seguida, em 24 horas.

O processo dispensa formalidades rígidas, de molde a ser, realmente, eficiente e atender à correção da ilegalidade. Não há, na lei, de forma expressa, concessão de medida liminar de *habeas corpus* como existe no mandado de segurança, mas é evidente que, se necessário e com fundamento, poderá ser expedida imediatamente para evitar a consumação da coação ou o seu prosseguimento.

A esse respeito, como forma de evitar a supressão da instância imediatamente inferior, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 691, estabelecendo que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra

decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal superior, indefere liminar”.

No entanto, o enunciado dessa súmula tem sido superado em hipóteses excepcionais, quando há manifesta ilegalidade, abuso de poder[171] ou teratologia, como nos casos em que, p. ex., o despacho que indefere a liminar não contém qualquer fundamentação[172], há tratamento antiisonômico entre presos em situações semelhantes[173], a conduta é materialmente atípica[174], não se demonstrou a necessidade de prisão preventiva[175], em razão da necessidade da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII)[176] etc.

Os procedimentos de *habeas corpus* têm preferência sobre todos os demais, em primeira e em segunda instância, a fim de que sejam julgados o mais depressa possível.

É competente para o processo e julgamento da medida a autoridade judiciária imediatamente superior à que determinou a coação. Assim, se a autoridade coatora é a autoridade policial, competente é o juiz de direito. Se é o juiz de direito, competente é o tribunal que apreciará o recurso, no caso de ação penal sobre aquele fato. Nos tribunais há que se respeitar o disposto nos arts. 102 e 105 da Constituição Federal.

No caso de concessão do *habeas corpus* em primeira instância, o juiz deverá recorrer de ofício para reexame do processo pelo tribunal,

conforme preceitua o art. 574, I, do Código de Processo Penal, e, se for o caso, determinar a responsabilização da autoridade coatora, no caso de vislumbrar abuso de poder criminoso. A apuração da responsabilidade, como diz Magalhães Noronha[177], deverá ocorrer em processo posterior, através do competente inquérito policial.

Como garantia da eficácia da medida, as determinações judiciais no sentido da apresentação ou liberação do paciente estão sancionadas com a cominação do crime de desobediência no caso de descumprimento, o que, também, será apurado posteriormente, sem prejuízo da imediata requisição de força pelo magistrado para que se cumpra sua ordem.

Pontes de Miranda conclui sua monumental obra sobre o *habeas corpus* com palavras lapidares: “Quando os juízes despacham petições de *habeas corpus* devem ter em vista que a apresentação do paciente pode ser o maior elemento para que o caso se esclareça. Ao terem de as julgar, afinal, devem ter presente ao espírito que o *habeas corpus* é a pedra de toque das civilizações posteriores, um dos poucos direitos, pretensões e remédios com que se sobrepõem aos séculos passados, mal saídos da Idade Média e dos absolutismos dos reis, os séculos da civilização liberal-democrática, nos países em que ela logrou firmar-se”[178].

A sentença denegatória de *habeas corpus* não faz coisa julgada, podendo a impetração, pois, ser repetida.

O *habeas corpus* impetrado em segundo grau adota o procedimento do Decreto-Lei n. 552, de 25 de abril de 1969, o qual prevê vista ao Ministério Público após a apresentação das

informações, podendo também o seu representante manifestar-se oralmente na sessão de julgamento.

Sobre os recursos utilizáveis no processo de *habeas corpus*, vide as observações ao inciso X do art. 581 e ao recurso ordinário constitucional no item 79.1.

85.2.7. Revisão criminal

A revisão criminal é uma ação de competência originária dos tribunais que tem por finalidade a desconstituição de sentença ou acórdão transitado em julgado no que for desfavorável ao acusado.

No mesmo sentido Maria Elizabeth Queijo, que em obra específica sobre o tema considera a natureza jurídica da revisão criminal como *ação autônoma de impugnação*. Esclarece a autora que, apesar da revisão criminal estar no Código elencada entre os recursos, não poderia ser considerada como tal, por várias razões, a saber: na revisão criminal instaura-se uma nova relação processual a partir da sentença condenatória trânsita em julgado, diferentemente do recurso que prolonga ou reabre a relação anterior, impedindo, a evidência, o trânsito em julgado da sentença que se pretende criticar; ao contrário do recurso, na revisão a controvérsia original não é submetida direta e imediatamente ao Tribunal; e por fim, as características apresentadas em recursos de sujeição ao pressuposto da tempestividade e do

duplo grau de jurisdição não estão presentes na revisão criminal[179].

É bem de ver que estabelecimento da natureza jurídica da revisão criminal traz consequências práticas no que diz respeito à aplicação do instituto, como consigna Sérgio de Oliveira Médici, também em trabalho específico[180]. Dessa forma, considerada como ação, deve a revisão criminal apresentar condições, que são requisitos para o exame de seu mérito[181]. Ao revés, conceituada como instrumento recursal, ficará submetida aos pressupostos recursais. Poderá, porém, apresentar disciplina própria, se admitida com natureza jurídica independente, não se submetendo nem aos pressupostos recursais nem às condições da ação[182].

Não existe, no direito brasileiro, a chamada revisão *pro societate*, que visaria à modificação de sentença transitada em julgado favorável ao acusado. Nem mesmo a extinção da punibilidade obtida com certidão de óbito falsa tem sido admitida como revisível ou modificável após o prazo recursal respectivo. Apesar das opiniões em contrário e da tentativa de considerar tal decisão inexistente (o que não é), a exceção poderia ser perigosa fresta na garantia das liberdades e não deve, pois, ser admitida.

A sentença condenatória, pois, é que é revisível, admitindo-se, também, a revisão de sentença de *absolvição imprópria* (que é a que

absolve por inimizabilidade), porque tem conteúdo sancionatório: a aplicação da medida de segurança. Pode pretender-se, no caso, a absolvição total. Cabe também revisão da sentença que concedeu o perdão judicial, porque tem natureza condenatória. Não, porém, de decisão de pronúncia, que não é sentença condenatória nem sequer é de mérito. Não caberá, também, a revisão de sentença que decretou a extinção da punibilidade por fundamento que extinga a pretensão punitiva, inclusive a chamada prescrição retroativa, porque não é sentença condenatória. Não se admite, ainda, revisão para a aplicação de lei nova mais benigna, devendo o requerimento ser formulado em primeiro grau, perante o juízo da execução.

Os tribunais de segundo grau são competentes para as revisões de sentenças de primeiro grau cujo recurso a eles seria dirigido, e os tribunais em geral para as revisões dos próprios acórdãos. São revisíveis, também, sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri, porque o direito de liberdade e a necessidade de correção de erro judiciário prevalecem sobre a soberania. Entre dois princípios constitucionais, prevalece o de maior valor, no caso a liberdade.

É pressuposto do pedido de revisão ter a sentença transitado em julgado. Enquanto couber recurso há carência da revisão. Mas não há necessidade de que tenham sido esgotados todos os recursos cabíveis. O réu pode abandoná-los e propor a revisão.

É admissível a revisão (art. 621):

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória fundar-se em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

A violação da lei penal a que alude o inciso I abrange, também, a da lei processual penal ou a da Constituição, de modo que a revisão pode ter por resultado a decretação da nulidade do processo.

A contrariedade à lei ou à evidência dos autos, no caso, deve ser grave. Se havia duas interpretações possíveis ou duas correntes probatórias nos autos e a decisão acolheu uma delas, não será procedente a revisão. Na revisão, a dúvida milita em desfavor do réu.

O mesmo vale quanto à prova nova, quer para a absolvição, quer para a redução da pena. Ela deve ser decisiva, suficiente para alterar o julgamento.

A revisão é imprescritível. Até após a morte do condenado seus sucessores (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão) podem requerê-la. Se o falecimento do condenado ocorrer durante o processo, o tribunal nomear-lhe-á curador para prosseguir em sua defesa (art. 623). Todavia, não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundada em novas provas.

Pode, ainda, requerer a revisão o Ministério Público, na qualidade de fiscal da correta aplicação da lei penal.

Não é condicionante do pedido de revisão o recolhimento do réu à prisão, ainda que para apelar tal exigência existisse, conforme preceitua a Súmula 393 do Supremo Tribunal Federal:

“Para requerer revisão criminal o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão”.

A revisão deve ser formulada por petição do próprio acusado, seu procurador ou os sucessores acima referidos, sendo distribuída a um relator que não pode ter participado do julgamento revisando.

O pedido poderá ser indeferido liminarmente pelo relator se insuficientemente instruído ou manifestamente incabível, sem que isso implique invasão do mérito, cabendo dessa decisão recurso ao órgão competente para o julgamento da revisão. Esse recurso é o recurso em sentido estrito, tendo, portanto, o prazo de 5 dias, admitindo a retratação.

O requerente deverá instruir o pedido com a prova nova, podendo ser determinado o apensamento dos autos originais se tal circunstância não prejudicar providências que nele devam ser tomadas. A prova nova, se testemunhal, pode ser pré-constituída, mediante o pedido de justificação feito previamente perante o juízo criminal de primeiro grau, juntando-se os autos da justificação à inicial, mas não está excluída a possibilidade de o relator determinar as provas que entender necessárias, a serem realizadas por carta de ordem ou perante o próprio tribunal.

Recebida a revisão, será dada vista à Procuradoria para manifestação no prazo de 10 dias, procedendo-se, em seguida, ao julgamento. Os regimentos dos tribunais contêm disposições complementares sobre o procedimento da revisão.

Procedente a revisão, poderá o tribunal alterar a classificação da infração, modificar a pena sem agravá-la, absolver o réu ou anular o

processo.

A absolvição, salvo quanto à absolvição por inimputabilidade, implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos pelo acusado em virtude da condenação.

Pode o tribunal julgar procedente a revisão por fundamento diferente do alegado, mas não pode reconhecer nulidade se o pedido foi de absolvição, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, porque a nulidade pode levar a nova condenação.

Se o interessado o requerer o tribunal poderá reconhecer, havendo absolvição, direito a indenização contra o Estado se se tratar de condenação da Justiça Estadual ou contra a União se se tratar de condenação da Justiça Federal, correspondente aos prejuízos sofridos, os quais serão liquidados no juízo cível. O acórdão, no caso, tem força de título executivo judicial contra a Fazenda Pública.

O § 2º do art. 630 prevê que a indenização não será devida se o erro ou injustiça da decisão foi causado pelo próprio requerente, como a confissão falsa ou a ocultação de prova em seu poder, e, também, se a acusação tiver sido meramente privada. Neste último caso, o pedido de indenização deve voltar-se contra o querelante. Damásio Evangelista de Jesus[183] entende que a Constituição de 1988 revogou essas restrições à indenização porque a tornou incondicional (art. 5º, LXXV). cremos, todavia, que não. As restrições do parágrafo não são incompatíveis com o dever de indenizar, uma vez que reproduzem, apenas, o princípio da causalidade e, no primeiro caso, o princípio geral do direito de que ninguém pode se beneficiar com a própria torpeza. É certo que o Estado tem o dever

de alcançar a verdade, mas, pelo menos nesse caso, não pode ser responsabilizado pelo erro judiciário se o próprio acusado a ele deu causa.

Ainda que por maioria, a decisão de improcedência da revisão não admite embargos infringentes, admitindo somente, *pro et contra*, recurso especial e extraordinário nos casos previstos na Constituição da República.

85.3. Procedimentos especiais de leis especiais

85.3.1. Procedimento dos crimes de abuso de autoridade

A Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, previu condutas típicas de abuso de autoridade e o respectivo procedimento.

Suas normas processuais, porém, não são de aplicação frequente, porque comumente acontece que os crimes da lei aparecem conexos ou absorvidos por outros mais graves, adotando-se, pois, o procedimento deste último. Ademais, as normas processuais da lei devem ser compatibilizadas com os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da justa causa, de modo que não podem ser aplicadas em sua literalidade.

A intenção do legislador foi a de criar um procedimento rápido, mas se se pretender aplicá-lo literalmente ofender-se-á a Constituição nos princípios acima referidos. Não é que o procedimento seja inconstitucional. Ele pode ser aplicado, cedendo passo, porém, às exigências do contraditório, da ampla defesa e da justa causa, se necessário, como adiante se verá.

A denúncia do Ministério Público deverá ser oferecida em duas vias, em 48 horas a partir da representação do ofendido, a qual,

porém, não é condicionante, porque os crimes são de ação penal pública incondicionada, de modo que pode servir-lhe de base inquérito policial ou outras peças de informação. A lei prevê a denúncia independentemente de exame de corpo de delito e outras provas, mas, se o órgão do Ministério Público não formar a *opinio delicti*, não oferecerá a denúncia sem antes requisitar as diligências adequadas para a formação do mínimo de justa causa. O exame de corpo de delito poderá ser substituído por testemunhas, ou por perícia requerida ao juiz até 72 horas antes da audiência de instrução e julgamento, mas, em se tratando, por exemplo, de crime mais grave conexo, o procedimento a ser seguido será deste último crime.

Se o Ministério Público não se pronunciar em 48 horas, admitir-se-á ação penal privada subsidiária. Se o Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito, peças de informação ou representação do ofendido e o juiz discordar, remeterá ao Procurador-Geral nos mesmos moldes e com as mesmas alternativas do art. 28 do Código de Processo Penal.

Oferecida a denúncia ou a queixa, o juiz, em 48 horas, decidirá, recebendo-a ou rejeitando-a.

Recebendo-a, designará desde logo audiência de instrução e julgamento para, dentro de 5 dias, determinar a citação em mandado sucinto acompanhado da segunda via da peça acusatória. É óbvio que, apesar da ausência de previsão expressa, se o acusado não for encontrado deverá ser feita a citação por edital, nos termos do Código.

A lei proíbe em princípio intimação de testemunhas ou precatórias, bem como realização de diligências, salvo despacho fundamentado do juiz reconhecendo sua necessidade. É evidente que deverá levar-se em conta o direito à ampla defesa.

Na audiência de instrução e julgamento, o acusado será qualificado e interrogado, e ouvir-se-ão as testemunhas e o perito, se for o caso, abrindo-se o tempo de 15 minutos para a acusação e 15 para a defesa, prorrogável por mais 10 a critério do juiz. Encerrado o debate, o juiz proferirá imediatamente sentença, como preceitua o art. 24 da lei. Não está excluída a possibilidade, porém, de diligências complementares e de prazo para a sentença, em preservação da verdade e do direito de defesa.

Não comparecendo o acusado e seu defensor, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

O Código de Processo Penal é subsidiário em relação à lei, aplicando-se ao procedimento, também, o seu sistema recursal.

85.3.2. Procedimento dos crimes de imprensa

O procedimento dos crimes de imprensa era regulado pela Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1976.

No entanto, em *Medida Cautelar em Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7 – Distrito Federal*, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar, suspendeu a eficácia de alguns de seus artigos e os processos neles fundados e que são os seguintes: arts. 10 (só a parte inicial do § 20), 20 (só o § 20), 30, 40, 50, 60, 20, 21, 22, 23, 51, 52, 56 (a parte final), 57 (só os §§ 30 e 60), 60 (§§10 e 20), 61, 62, 63, 64 e 65.

A liminar foi referendada pelo Tribunal Pleno no dia 27-2-2008, por maioria, pelo prazo de 180 dias, sendo prorrogada por igual período em 4-9-2008, quando então deveria haver o julgamento do mérito.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, por Acórdão de 30 de abril de 2009, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, declarou-a totalmente incompatível com a Constituição e, portanto, não se encontrando, desde então, em vigor, em virtude do poder revocatório da Constituição sobre as normas de hierarquia inferior que não estejam consoantes com suas normas ou princípios.

Segundo o Ministro Carlos Alberto Direito, que votou pela declaração de não ter sido a lei recepcionada pela Constituição, a legislação era incompatível com o sistema constitucional de 1988, expressando-se: “Os regimes totalitários podem conviver com o voto, jamais com a liberdade de expressão”.

Em grande parte há, então, um vazio normativo; porém, restam os crimes que estejam previstos no Código Penal, mas como crimes comuns e não mais de legislação especial, como ocorre com a injúria, calúnia e difamação.

85.3.3. Procedimento dos crimes da Lei de Licitações[184]

Os crimes previstos na Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 21-6-1993) submetem-se ao procedimento especial nela previsto (arts. 100 a 108). Observe que, presentes os requisitos legais, para os crimes dos arts. 91, 93, 97 e 98, poderá ser adotado o procedimento da Lei n. 9.099/95.

A Lei previu dispositivos que seriam dispensáveis, já que em nada alteraram a sistemática do Código de Processo Penal: o que considera

os definidos na Lei como sendo de ação penal pública incondicionada (art. 100); o que abre a possibilidade de qualquer pessoa provocar a iniciativa do Ministério Público para os feitos da Lei (art. 101); o que impõe o dever de comunicação da ocorrência do crime por parte dos magistrados, membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas ou os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos Poderes (art. 102); e, por fim, o que admite ação penal privada subsidiária da pública, se esta não for ajuizada no prazo legal (art. 103).

O prazo para o oferecimento de defesa prévia, após o recebimento da denúncia e citação do réu, é de 10 dias contados da data do seu interrogatório.

O número máximo de testemunhas a serem arroladas é de 5.

Realizada a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa, e praticadas diligências instrutórias em sendo o caso, será aberto prazo de 5 dias às partes para o oferecimento das alegações finais. Finalmente, terá o juiz 10 dias para proferir a sentença.

O recurso cabível da sentença será a apelação, no prazo de 5 dias (mesma regra geral do Código).

85.3.4. Procedimento da suspensão condicional do processo da Lei n. 9.099/95

O art. 89 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, institui nova espécie de suspensão do processo, cujos comentários já foram feitos no item 8.1.4, ao qual remetemos o leitor. O procedimento das infrações penais de menor potencial ofensivo, considerado

sumaríssimo e classificado entre os procedimentos comuns, foi tratado no item 82.4.

*85.3.5. Procedimento dos crimes da Lei de Drogas***[185]**

No regime da Lei n. 11.343/2006 dois são os procedimentos que podem ser adotados: o da Lei n. 9.099/95 para os crimes dos arts. 28, 33, § 30, e o art 38, e um procedimento especial para os demais.

No que se refere ao procedimento especial há normas próprias desde a fase de inquérito, em que o prazo é de 30 dias se o indiciado estiver preso. Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

O prazo da denúncia é de 10 dias.

Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 dias.

Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5, arrolar testemunhas.

As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Código de Processo Penal.

Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 dias.

Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

A audiência a que se refere o *caput* do art. 57 será realizada dentro dos 30 dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 dias.

Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 minutos para cada um, prorrogável por mais 10, a critério do juiz.

Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Um defeito do art. 394 do Código com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008 tem trazido perplexidade para a aplicação da Lei n. 11.343/2006. O texto do art. 394, § 2º, do Código ressalva da aplicação de seu procedimento as leis especiais, de modo que o procedimento da Lei de Drogas permaneceria intacto. Contudo o § 4º do mesmo artigo, de maneira incoerente e contraditória, determina que as disposições dos arts. 395 a 398, que disciplinam o procedimento comum do Código para os crimes punidos com mais de 4 anos de pena privativa de liberdade no máximo, aplicam-se inclusive aos procedimentos ainda que não regulados no Código. Em virtude disso, para evitar nulidade, os magistrados têm adotado todas as providências dos dois procedimentos, concedendo a defesa antes do recebimento da denúncia, depois de recebê-la e facultando ao réu ser interrogado no início da audiência (como na lei especial) e no final (como no Código). A situação é esdrúxula, mas é melhor que isso ocorra e se adote a alternativa de maior oportunidade de defesa do que deixar “plantada” uma nulidade que poderá ser alegada posteriormente em evidente prejuízo para a Justiça.

85.3.6. Outras disposições especiais

Além da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que regula os crimes de responsabilidade de agentes políticos, e do Código Eleitoral, cuja especialidade os coloca à margem do presente trabalho, algumas leis especiais, sem prever procedimento próprio completo, apresentam disposições processuais.

Destacam-se:

– a Lei n. 1.521/51 (Lei de Economia Popular), que prevê recurso de ofício da decisão que arquiva o inquérito ou que absolve o réu, aplicável aos crimes contra a saúde pública, menos no caso de tóxicos, cujo procedimento está disciplinado em lei especial;

– a Lei n. 5.970/73, que exclui a aplicação dos arts. 6º, 1, 64 e 169 do Código, relativos à preservação do local, no caso de acidentes de trânsito;

– a Lei n. 8.072/90, que definiu os crimes hediondos, excluindo-lhes a fiança, e ampliando a prisão temporária para até 30 dias, prorrogáveis por mais 30 em caso de extrema necessidade;

– a Lei n. 9.455/97, que definiu o crime de tortura, excluindo-lhe a possibilidade de fiança;

– a Lei n. 9.613/98, que define os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, afastando-se-lhes a liberdade provisória e a fiança, e dispõe sobre o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado.

CAPÍTULO XVI

DAS RELAÇÕES JURISDICIONAIS COM AUTORIDADE ESTRANGEIRA

86. CARTAS ROGATÓRIAS, HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA, EXTRADIÇÃO

Cartas rogatórias são pedidos de prática de atos processuais de um país para outro.

Sem prejuízo de tratados internacionais específicos, se um ato deve ser realizado no exterior, como por exemplo a citação do réu em crime inafiançável, deverá o juiz determinar a expedição de carta rogatória, encaminhando-a ao Ministro da Justiça e solicitando o cumprimento por via diplomática.

Se se tratar de carta rogatória originária do exterior, para cumprimento no Brasil, deverá submeter-se ao *exequatur*, juízo de verificação de sua regularidade e de que não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes, pelo presidente do Supremo Tribunal Federal. Aposto o *exequatur*, o cumprimento da carta rogatória realizar-se-á no juízo federal do local em que o

ato deva ser praticado. O *exequatur* já indica esse local, que será o mais cômodo para a Justiça e para as partes.

Cumprida a carta rogatória, será devolvida ao Supremo Tribunal Federal, que providenciará a sua devolução ao país de origem.

A sentença estrangeira, nos termos do art. 9º do Código Penal, quando a aplicação da lei brasileira produz as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para obrigar o condenado à reparação do dano e outros efeitos civis e para sujeitá-lo a medida de segurança.

A homologação da sentença estrangeira, além do respeito à ordem pública, soberania nacional e bons costumes, depende, para a reparação civil, de pedido da parte interessada, podendo ser, no caso de ofendido pobre, o Ministério Público, e, para o efeito da medida de segurança, da existência de tratado de extradição do Brasil com o país de onde é originária a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça. Deverá, também, respeitar, para os efeitos civis, os mesmos requisitos da homologação de sentença civil previstos no art. 217 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A execução de sentença estrangeira depois de homologada é da competência do Juízo Federal do domicílio do devedor ou do local do cumprimento da medida de segurança.

A extradição é o pedido de entrega de acusado ou condenado em processo no exterior pelo país em que deve responder ao processo ou cumprir a pena. O pedido de extradição deverá ser submetido ao

Supremo Tribunal Federal, que, nos termos dos arts. 207 e seguintes do seu Regimento Interno, examinará sua legalidade e procedência.

Durante o processo, o extraditando permanecerá preso, à disposição do Supremo Tribunal Federal e a pedido do Ministro da Justiça.

BIBLIOGRAFIA

ACKEL FILHO, Diomar. Writs constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1988.

ACOSTA, Walter P. O processo penal. Rio de Janeiro: ed. do Autor, 1964.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO; RICARDO LEVENE, Hijo. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1945.

ALMEIDA E SOUZA, Manoel. Tratado prático compendiário de todas as ações sumaríssimas. 1988.

———. *Segundas linhas sobre o processo civil. Lisboa, 1855.*

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Freitas Bastos, 1959.

ALONZO, Alfonso. Debito pubblico. In: Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1962, v. 11.

ALTAVILLA, Enrico. Psicologia giudiziaria. UTET, 1955.

ALVAREZ-GENDIN, Sabino. Manual de derecho administrativo español. Barcelona, 1954.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo, 1977.

AMERICANO, Jorge. Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1960.

ANDRIOLI, Virgilio. Appunti di procedura penale. Jovene, 1965.

AQUINO, José Carlos Xavier de. A prova testemunhal no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARAGONESES, Pedro Alonso. Instituciones de derecho procesal penal. Madrid, 1961.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de et al. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

AROCA, Juan Montero. Introducción al derecho procesal. Madrid, 1976.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

———. *Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.*

———. *Direito processual penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, t. I e II.*

BALZANO, Vincenzo. Una costituzione per governare. Quaderni Moderni Mondo Operaio. Marsilio Ed., n. 13, 1981.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. RT, 637/7.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 5.

———. *O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1989.*

BARGIS, Marta. Profili sistematici della testimonianza penale. Milano: Giuffrè, 1984.

BARROS, Romeu Pires de Campos. Direito processual penal brasileiro. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

———. *Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982.*

BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Milano: Giuffrè, 1973.

BELING, Ernest. Derecho procesal penal. Trad. M. Fenech. Barcelona, 1943.

BENVENUTI, Feliciano. Giudicato (diritto amministrativo). In: Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1969. v. 18.

BERMUDES, Sergio. O mandado de injunção. RT, 642/21.

BETTI, Emilio. Diritto romano.

BIELSA, Rafael. Derecho administrativo. 1964.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Derecho constitucional. Madrid: Technos, 1965.

BOBBIO, Norberto. Teoria della norma giuridica. Giappichelli, 1958.

BUZUID, Alfredo. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1971.

CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. Lisboa, 1968.

CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil. EJE, 1973.

CALMON DE PASSOS, J. J. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e "habeas data". Forense, 1989.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Culpabilidade e reprovação penal. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves et al. Júri: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma, 1946.

———. *Lezioni sul processo penale*. Roma, 1947.

CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot, 1973.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1976, v. 10.

CASTRO NUNES, José de. *Teoria e prática do Poder Judiciário*.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Freitas Bastos, 1964.

———. *A Constituição Federal comentada*. 1949.

CAVALLO, Vincenzo. *La sentenza penale*. Napoli: Jovene, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORDERO, Franco. *Le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino, 1957.

COSTA, Orlando Teixeira da. *Execução contra a Fazenda Pública*. Revista ABOP, 1/1-75.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1958.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Forense, 1966.

CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: EJE, 1957.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra, 1959.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra, 1974.

DIAZ, Clemente A. *Instituciones de derecho procesal*. Buenos Aires, 1972.

DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*. Buenos Aires, 1956.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

DINAMARCO, Cândido Rangel et al. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro, 1976.

FABIETTI, Renato. *La Costituzione italiana*. Ed. Mursia, 1985.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1960.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Madrid, 1952.

FERNANDES, Antonio Scarance et al. *Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1973.

FERRO, A. Bartoloni. *El proceso penal y los actos jurídicos procesales*. 1944.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. Prieto Castro. Barcelona, 1933.

FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1965.

FRAGA, Gabino. Derecho administrativo. México: Porrúa, 1969.

FRAGOLLA. Gli atti amministrativi. Torino, 1952.

FRANCO, Alberto Silva et al. Júri: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FREUND. Administrative powers over persons and property.

GARCIA, Basileu. Comentários ao Código de Processo Penal. Forense, 1945.

———. *Instituições de direito penal. Max Limonad, 1975.*

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: EJE, 1961.

GOMES, Luiz Flavio et al. Juizados Especiais Criminais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. Juizados Especiais Criminais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GORDILLO, Agustín. El acto administrativo. Abeledo-Perrot, 1969.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva. 3 v.

———. *Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989.*

———. *Execução contra a Fazenda Pública. São Paulo: Saraiva, 1986.*

———. *O juiz e a lei. Estudos de Direito Público, 10/45.*

———. *Dos crimes da Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 21-6-1993). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.*

———. *Tóxicos: prevenção e repressão. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.*

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de Drogas anotada. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. Bushatsky, 1977.

———. *Liberdades públicas e processo penal. São Paulo: Saraiva, 1976.*

———. *O processo constitucional em marcha. Max Limonad, 1985.*

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

———. *Recursos no processo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.*

———. *Juizados Especiais Criminais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.*

GUARNERI, Giuseppe. Sulla teoria generale del processo penale. Milano: Giuffrè, 1939.

GUASP, Jaime. Derecho procesal civil. Madrid, 1961.

———. *Derecho procesal civil. Madrid, 1968.*

HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et droit public. Paris, 1927.

HECK, Phillipp. El problema de la creación del derecho. Barcelona, 1961.

JARDIM, Afrânio Silva. Da publicização do processo civil. Rio de Janeiro, 1982.

———. *Direito processual penal. Forense, 1990.*

JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal anotado. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KARAN, Maria Lúcia. Competência no processo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Saraiva, 1939.

LACERDA, Galeno. Despacho saneador. Porto Alegre, 1953.

LAUBADÈRE. Traité élémentaire de droit administratif. Paris, 1967.

LEAL, Antonio Luiz da Camara. Código de Processo Penal brasileiro. Freitas Bastos, 1942.

LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal. Trad. Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. Milano, 1973. 3 v.

LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1989.

MACIEL, Ademar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. RF, 304/3.

MALCHER, José Lisboa da Gama. Manual de processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MANCINI, Federico. Una costituzione per governare. Quaderni Moderni Mondo Operaio. Marsilio Ed., n. 13, 1981.

MANZINI, Vincenzo. Istituzioni di diritto processuale penale. Padova: CEDAM, 1957.

MARCONI, Pio. Una costituzione per governare. Quaderni Moderni Mondo Operaio. Marsilio Ed., n. 13, 1981.

MARICONDE, Alfredo Velez. Derecho procesal penal. Lerner, 1969.

MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*. Abeledo-Perrot, 1966.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Forense, 1965.

———. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1981.

MARREY, Adriano et al. *Júri: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MARSICO, Alfredo de. *Diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1966.

MASSARI, Eduardo. *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*. Napoli: Jovene, 1934.

MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. Pongetti, 1959.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELENDO, S. Sentis. *La prueba*. Ed. Europa-América, 1978.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Forense, 1969.

MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique. *Noções de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1956.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Anteprojeto de lei sobre o mandado de injunção*. 1989.

MIGLIARI JR., Arthur. *Crimes de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra, 1985.

MONCADA, Cabral de. *Filosofia do direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1950.

MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. Borsoi, 1956.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1973.

NORTES, José Cafferata. *Derechos individuales y proceso penal*. Lerner, 1984.

OLIVA SANTOS, Andres. *Leciones de derecho procesal*. Barcelona, 1982.

OLMEDO, Claria. *Derecho procesal*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

OVIEDO, Carlos Garcia. *Derecho administrativo*. 1966.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. Lisboa, 1831.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedure penale*. Padova: CEDAM, 1979.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PITOMBO, Sergio Marques de Moraes. *Do sequestro no Código de Processo Penal brasileiro*. São Paulo, 1973.

———. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1986.

PONTE, Antonio Carlos da. Inimputabilidade e processo penal. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin.

PONTES DE MIRANDA, F. História e prática do "habeas corpus". Borsoi, 1962.

PORTO, Herminio Alberto Marques. Júri. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PORTO, Odyr José Pinto. Mandado de injunção (algumas notas para o debate). RJTJESP, 1989.

PROVINCIALI, Renzo. Norme di diritto processuale nella Costituzione. Milano: Giuffrè, 1959.

QUEIJO, Maria Elizabeth. Da revisão criminal. São Paulo: Malheiros, 1998.

———. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.*

———. *Estudos em processo penal. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.*

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Saraiva, 1972.

RAMALHO. Práxis brasileira. 1904.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. Saraiva, 1972.

RECASÉNS SICHES, Luis. Tratado general de filosofía del derecho. México, 1965.

RICARDO LEVENE, Hijo; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1945.

ROSA, Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

RUBIANES, Carlos J. Manual de derecho procesal penal. Buenos Aires: Depalma, 1978.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. O sistema penal na Lei de Falências e Recuperação de Empresas: In: Legislação especial, Coord. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. São Paulo: ed. Premier Máxima. v. 2.

SANCHES, Sidney. Inovações processuais na Constituição de 1988. RT 644/7.

———. *O poder cautelar geral do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.*

SCHWARTZ, Bernardo. Direito constitucional americano. Trad. Carlos Nayfeld. Forense, 1966.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Forense, 1967.

SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Octacilio Paula. Ministério Público. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. São Paulo, 1937.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Estudos de direito processual penal. Forense, 1988.

SOARES, Fernando Luso. O processo penal como jurisdição voluntária. Coimbra, 1981.

SOUSA PINTO, F. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra, 1982.

STAMMLER, Rudolf. Filosofía del derecho. Madrid, 1930.

STOCO, Rui. Competência da câmara especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STOCO, Rui et al. Júri: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição. RF, 304/195.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Forense, 1985.

TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Penal. Forense, 1956. v. 1, t. 2.

———. *Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1987.*

———. *Instituições de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1977.*

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. São Paulo: Saraiva, 1963.

———. *Processo penal. Saraiva, 1986.*

TUCCI, José Rogério Cruz e. Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal. Forense, 1983.

TUCCI, Rogério Lauria. Curso de direito processual. Bushatsky, 1976.

———. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. São Paulo: Saraiva, 1978.*

———. *Lineamentos do processo penal romano. Bushatsky, 1976.*

———. *Teoria do direito processual penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.*

———. *Ministério Público e investigação criminal. São Paulo: Revista dos Tribu- nais, 2004.*

USEROS, Henrique. Derecho administrativo. 1966.

VALIANTE, Mario. Il nuovo processo penale. Milano: Giuffrè, 1975.

VANNINI, Ottorino. Manuale di diritto processuale penale. Milano: Giuffrè, 1979.

VIAMONTE, Sanches. Manual de derecho político. Ed. Bibliográfica Argentina.

VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. Da ação rescisória dos julgados. 1948.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional e mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

WENGER, Leopoldo. Istituzioni di procedura civile romana. Milano: Giuffrè, 1938.

ZACARIOTTOED, José Pedro. A Polícia Judiciária no Estado Democrático. Sorocaba: Livro Ponto Com, 2005.

ZANOBINI, Guido. Corso di diritto amministrativo. Milano: Giuffrè, 1958.

- [1] V., sobre o posicionamento do citado autor, principalmente, suas duas obras *Teoria do direito processual penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, e *Jurisdição, ação e processo penal*, Belém, Cejup: 1984.
- [2] Norberto Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino: Giappichelli, 1958, p. 5.
- [3] Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, v. 7, p. 3.
- [4] Miguel Reale, *Filosofia do direito*, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 615.
- [5] Gustav Radbruch, *Filosofia do direito*, São Paulo: Saraiva, 1937, p. 13.
- [6] Rudolf Stammler, *Filosofía del derecho*, Madrid, 1930, p. 257 e s.
- [7] *Culpabilidade e reprovação penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 29-31.
- [8] Philipp Heck, *El problema de la creación del derecho*, Barcelona, 1961.
- [9] Cândido Rangel Dinamarco, Reflexões sobre direito e processo, *Arquivos do Ministério da Justiça*, 117/108. Sobre o aspecto de filosofia do direito referido, ver Luís Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, 1965, p. 315, e Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., Cap. XLIV.
- [10] Una costituzione per governare – La grande riforma proposta dai socialisti, *Quaderni Moderni Mondo Operaio*, Marsilio Ed., n. 13, set. 1981.
- [11] A analogia como fonte do direito penal, *Justitia*, v. 51.
- [12] V., também, nosso *Intervenção de terceiros*, São Paulo: Saraiva, 1987.
- [13] Vincenzo Balzano, Una costituzione per governare, *Quaderni Moderni Mondo Operaio*, Marsilio Ed., n. 13, set. 1981.

- [14] Giorgio Del Vecchio, *Lições de filosofia do direito*, Coimbra, 1959, v. 1, p. 69.
- [15] André Maurois, *História da Inglaterra*, Rio de Janeiro: Pongetti, 1959, p. 98 e s.
- [16] A. Maurois, *História da Inglaterra*, cit., p. 90.
- [17] *La Costituzione italiana*, a cura di Renato Fabietti, Ed. Mursia, 1985, p. 17 e s.
- [18] Cabral de Moncada, *Filosofia do direito e do Estado*, São Paulo: Saraiva, 1950, v. 1, p. 87.
- [19] Pontes de Miranda, História e prática do "habeas corpus", Borsoi, 1962, p. 58.
- [20] V. Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, São Paulo: Max Limonad, 1975, v. 1, p. 43 e s.
- [21] Luís Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, 1965, p. 554.
- [22] Cândido Rangel Dinamarco, Reflexões, *Arquivos do Ministério da Justiça*, cit., 117/93.
- [23] Sanches Viamonte, *Manual del derecho político*, Ed. Bibliográfica Argentina, p. 212
- [24] Alfredo Buzaid, *Agravo de petição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1945.
- [25] Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo penal, ação e jurisdição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 89 e s.
- [26] V. Mario Valiante, *Il nuovo processo penale*, Milano: Giuffrè, 1975, p. 21.
- [27] José Frederico Marques, *A instituição do júri*, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 8.
- [28] Dispositivos substancialmente alterados pela Lei n. 11.689, de 2008.

- [29] V. José Cretella Jr., *Tratado de direito administrativo*, São Paulo: Forense, v. 2, p. 64.
- [30] V. Roberto Delmanto Jr., A inconstitucionalidade da Resolução n. 314, de 12-5-2003, do Conselho da Justiça Federal, *Revista do Advogado* n. 78, ano XXIV, setembro de 2004, p. 95-102.
- [31] Giuseppe Chiovenda, *Instituições do direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1965.
- [32] Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano: Giuffrè, 1957
- [33] Aury Lopes Jr., *Introdução crítica ao processo penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 182-184.
- [34] V. o completo estudo de Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, São Paulo: Saraiva, 2003, e João Claudio Couceiro, *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- [35] A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil, *Arquivos de Direito*, Nova Iguaçu-RJ, v. 1, n. 6, p. 63-114, 2004
- [36] Rogério Lauria Tucci et al., *Princípio e regras orientadoras do processo penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- [37] Sobre as garantias constitucionais do processo, ver o excelente livro de Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: Bushatsky, 1975.
- [38] José Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*, 1980, v. 1, p. 112 e s.
- [39] José Frederico Marques, *Tratado*, cit., v. 1, p. 112 e s.
- [40] V. <www.senado.gov.br/novocpp/>
- [41] Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del inimigo*, Madrid: Civitas, 2003.

- [42] Cf. nosso *Tóxicos: prevenção e repressão*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76-77.
- [43] V. tópico 83.3.2. "Procedimento dos crimes de imprensa".
- [44] V. nosso *Tóxicos: prevenção e repressão*, 13. ed., Saraiva, 2009.
- [45] V. nosso A analogia como fonte do direito penal, *Justitia*, cit., v. 51.
- [46] A visão sistemática da competência internacional encontra-se no Capítulo VI.
- [47] V. sobre a função constitucional da polícia judiciária, *A Polícia Judiciária no Estado Democrático*, de José Pedro Zacariottoed. Sorocaba: Livro Ponto Com, 2005.
- [48] *O direito de defesa no inquérito policial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- [49] V. item 27.
- [50] A observação é de Carlos Frederico Coelho Nogueira, que cita como exemplo a previsão da Portaria n. 1/73, ainda em vigor, do Diretor-Geral do extinto DEGRAN (Departamento das Delegacias Regionais de Polícia da Grande São Paulo) (*Comentários ao Código de Processo Penal*, Bauru: Edipro, 2002, v. 1, p. 208-209).
- [51] V. Carlos Frederico Coelho Nogueira, *Comentários ao Código de Processo Penal*, cit., v. 1, p. 209.
- [52] Em sendo prematuro, o indiciamento caracteriza constrangimento ilegal (RT 819/588-90). Em sentido contrário, considerando inexistir constrangimento ilegal já que o indiciamento é mera providência de caráter administrativo, sem qualquer juízo de culpa, v. RT 841/554-5.
- [53] RHC 16.401-SP, 6ª T., Min. Paulo Medina, j. 7-4-2005, RT 837/534-36.
- [54] Cf. STJ, HC 82497-SP, 6ª T., Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15-5-2008.

- [55] TJSP, HC 427.376.3/0, 3a Câm. de Férias, j. 19-8-2003, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme (RT 821/566-68).
- [56] TJSP, HC 918.442.3/6, Rel. Des. Pinheiro Franco, 5ª Câm. da Seção Criminal, j. 11-5-2006, RT 853/568-69.
- [57] TJSP, HC 476.588-3/0-00, 4ª Câm., Rel. Des. Bittencourt Rodrigues, j. 20-9-2005, RT 849/540-42.
- [58] *Comentários ao Código de Processo Penal*, cit., v. 1, p. 428-429.
- [59] V. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Código de Processo Penal comentado*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 65-66.
- [60] Extinto pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.
- [61] Extinto pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.
- [62] V. nosso *Tóxicos: prevenção e repressão*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, e *Lei de Drogas anotada*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, em coautoria com João Daniel Rassi..
- [63] Mauro Cappelletti & Garth Bryant (eds.), *Access to Justice*, Milan/Alphenaaandenrijn, Dott Giuffrè/Sijthoff and Noordhoff, 1978.
- [64] *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946/1947.
- [65] V. Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, *Lei de Drogas anotada*, Saraiva, 2009
- [66] Sobre o tema, consultar Rogério Lauria Tucci, *O Ministério Público e a investigação criminal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- [67] *Direito administrativo brasileiro*, 2. ed., Revista dos Tribunais, 1996, p. 96.
- [68] *Curso de direito constitucional positivo*, 9. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1994, p. 658.
- [69] Há quem sustente ser a ação o poder de estimular o exercício da jurisdição (v. Cândido Rangel Dinamarco, *A execução civil*, p 119 e s., e todos os aí citados). A diferença, porém, parece ser

apenas terminológica, porque a idéia é a mesma. O conceito de ação como direito potestativo de Chiovenda, porém, é diverso.

- [70] V. o importante trabalho de Ada Pellegrini Grinover, *As condições da ação penal*, Bushatsky, 1977.
- [71] *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 349.
- [72] Egas Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. 2, p. 511.
- [73] Calmon de Passos, *Em torno das condições da ação*, n. 8
- [74] V., sobre o tema, Maria Elizabeth Queijo, *Estudos em processo penal*, Siciliano Jurídico, 2004, p. 83-96.
- [75] Rodrigo Baptista Pacheco. "Habeas corpus" e a pessoa jurídica: interpretação à luz do princípio da igualdade, *Bol. IBCCrim* n.16.7 116, p. 10-11, jul. 2002.
- [76] V. Maria Elizabeth Queijo, *Estudos em processo penal*, cit., p. 91-94.
- [77] Contra a utilização do *habeas corpus* como instrumento adequado para o trancamento da ação penal em face da pessoa jurídica: TJSP, MS 01127954.3/2, 8ª Câmara do 4º Grupo da Seção Criminal, Rel. Des. Eduardo Braga, j. 26-3-2008; TRF 1ª Reg., HC 200301000075230-MA, 4ª T., Rel. Des. Federal Carlos Olavo, j. 17-6-2003; TRF 2ª Reg., MS 200102010466368-RJ, 5ª T., Rel. Des. Federal Vera Lucia Lima, j. 30-4-2002; TRF 3ª Reg., HC 200703000820070-SP, 2ª T., Rel. Des. Federal Henrique Herkenhoffj, j. 6-11-2007; TRF 4ª Reg., MS 200604000044637-PR, 8ª T., Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 10-5-2006; TRF 4ª Reg., MS 200204010549362-SC, 7ª T., Rel. Des. Federal Vladimir Passo de Freitas, j. 25-2-2003; TRF 5ª Reg., MS 200605000-PB, 4ª T., Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, j. 24-10-2007. Pela admissibilidade do *habeas corpus*: HC 351.992/2, Rel. Juiz Lagrasta Neto, j. 15-2-2000, 3ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

- [78] V., p. ex., HC 16.762-MT, 6ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 23-11-2004; HC 93.867-GO, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 8-4-2008 etc.
- [79] V., amplamente sobre o tema, *As condições da ação penal*, cit., de Ada Pellegrini Grinover. E, também, José Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*, cit., v. 2, p. 68 e s.
- [80] O STF decidiu, após a Constituição de 1988, nesse sentido (HC 67.502-6-RJ, DJU, 9-2-1990).
- [81] V. Moniz de Aragão, *Comentários*, cit., v. 3, p. 508; Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, 1965, § 74; Enrico Allorio, *Perenzione*, Milano, 1937, p. 7 e s
- [82] Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa causa para a ação penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 291.
- [83] *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 29
- [84] *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, 1956, v. 2, p. 253. Caetano Morelli (*Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 83-84) também reconhece que, em tese, é possível conceber-se que um Estado exerça ilimitadamente a jurisdição. Miaja de la Muela (Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, in *Recueil des Cours*, 1972, t. 1, v. 135, p. 52-53) apresenta diversos princípios materiais sobre a competência internacional. V. também Friedrich Lent, *Diritto processuale civile tedesco*, trad. Edoardo Ricci, Morano, 1962, p. 31 e s.
- [85] Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de processo penal*, 10. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 225.
- [86] Cf. observação de Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de processo penal*, cit., p. 213.
- [87] V., sobre o chamado Direito Penal do Trabalho, artigo de Flávia Rahal Bresser Pereira, *Direito penal do trabalho: considerações*

para uma reflexão sobre o tema, *Revista do Advogado*, n. 82, p. 51-62, junho de 2005.

- [88] Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, 2. ed., Saraiva, 1990, p. 523.
- [89] Tudo conforme Alamiro Velludo Salvador Netto, O sistema penal na lei de falências e recuperação de empresas, in *Legislação penal especial*, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 87-92. Sobre o tema, v. também Arthur Migliari Júnior, *Crimes de recuperação de empresas e de falências*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 193-210.
- [90] V., entre outras, STJ, HC 35352-SP, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 26-4-2005; TJSP, CJ 139.621-0/3-00, Câm. Especial, Rel. Canguçu de Almeida, j. 4-12-2006, e TJSP, CJ 134.639-0/9-00, Câmara Especial, Rel. Canguçu de Almeida, j. 23-10-2006.
- [91] Os casos de impedimento, incompatibilidade e suspeição serão estudados no capítulo referente ao juiz, dada a metodologia deste trabalho de, o quanto possível, seguir a ordem e a sistemática do Código.
- [92] A questão será mais amplamente debatida no capítulo referente à coisa julgada e comentários aos arts. 383 e 384.
- [93] *Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro, 1942, p. 196.
- [94] *Comentários ao Código de Processo Penal*, arts. 129 e 130, Forense, 1956, v. 1, t. 2, p. 354.
- [95] Hélio Tornaghi, *Comentários*, cit., p. 355.
- [96] *Do sequestro no Código de Processo Penal brasileiro*, São Paulo, 1973, p. 20.
- [97] V., sobre o tema, Antonio Carlos da Ponte, *Inimputabilidade e processo penal*, 2. ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- [98] *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973, v. 2, p. 68.
- [99] Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas*, cit., v. 2, p. 288.

- [100] V. a vasta pesquisa e exposição de Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal*, Revista dos Tribunais, 1982, anteriormente à Constituição.
- [101] A respeito do tema, leitura recomendada é a tese de doutoramento de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Ônus da prova no processo penal*, publicada pela Revista dos Tribunais, 2003.
- [102] *La scienza privata del giudice*, p. 103 e s.
- [103] V., entre outros, Ada Pellegrini Grinover, Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica, in *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46-50.
- [104] Nesse sentido, conferir MS 2002040100138430-PR, 7ª T., j. 10-12-2002, TRF 4ª Reg., Rel. Des. Federal José Luiz Borges Germano da Silva: "(...) Tratando-se de interrogatório de pessoa jurídica, quem tem esse poder? Logicamente, aquele que se posicionou como o centro de decisão na ocasião dos fatos ou que ocupa a função contemporaneamente ao processo. Só essa pessoa tem a capacidade de esclarecer e explicar a motivação da conduta, que importa para a imputação da pessoa jurídica. Obviamente, se houver colidência de interesses entre as defesas da sociedade e do diretor, este não poderá representá-la no ato de interrogatório. Todavia, nunca poderá atribuir-se a preposto o direito de ser interrogado em nome da empresa. Acaso haja incompatibilidade entre as defesas do diretor do qual emanou a ordem e da pessoa jurídica, por certo nesse processo a sociedade não será interrogada, a não ser que exista outro administrador integrante do colegiado, que não tenha sido acusado (...)".
- [105] V. Antônio Scarance Fernandes, *O papel da vítima no processo criminal*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 136-139, e A vítima no processo penal brasileiro, in *La víctima en el proceso penal y su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay e Uruguay*, Buenos Aires: Delpama, 1997, p. 136-139.

- [106] V. *A autocolocação da vítima em risco*, Alessandra Orcesi Pedro Greco, Revista dos Tribunais, 2004.
- [107] V., a respeito, José Carlos G. Xavier de Aquino, *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*, Saraiva, 1987.
- [108] O constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na instrução criminal será tratado por ocasião do exame do procedimento comum dos crimes de reclusão.
- [109] V., para um estudo completo sobre o tema, Cleunice Bastos Pitombo, *Da busca e da apreensão no processo penal*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 102-104.
- [110] *Da busca e da apreensão no processo penal*, cit., p. 109.
- [111] GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*, São Paulo: Forense Universitária, 2000, p. 100-102.
- [112] V., por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 17, jan.-mar. 1997.
- [113] V. sobre o conceito de indícios e os diversos graus de certeza os nossos *Manual de processo penal*, p. 208 e s., e *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*.
- [114] Em nosso *Tutela constitucional das liberdades*, São Paulo: Saraiva, 1989, sustentamos não ser a regra absoluta, apesar de sua aparente taxatividade, como, por exemplo, prova obtida por meio ilícito de menor gravidade, mas para absolver o réu em processo penal.
- [115] Na cidade de São Paulo existe o DIPO — Departamento de Inquéritos Policiais —, que exerce essas funções, realizando-se a distribuição a uma das Varas Criminais após o oferecimento da denúncia.
- [116] V. sobre o conceito de autoridade policial o artigo de René Ariel Dotti, *A autoridade policial na Lei n. 9.099/95*, *Gazeta do Povo*, Curitiba, p. 19, 15 abr. 1996.

- [117] 62. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 53, p. 35 e s., Primavera/89.
- [118] Carlos Henrique Edwards, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 107.
- [119] V. Francis Caballero e Yann Bisiou. *Droit de la drogue*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2000.
- [120] Sobre a ação controlada por policiais na Lei referida, v. Eduardo Araujo da Silva, *Crime organizado: procedimento probatório*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 91 e s. E, também, Rodrigo Carneiro Gomes, Ação controlada e atuação policial na repressão às drogas, *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 38, p. 60-66, jul./set. 2007.
- [121] Em outras legislações, como, por exemplo, a espanhola, são exigidos mais outros requisitos, como a importância do delito, o que não se cogita entre nós no texto legal, mas deve ser usado como parâmetro, porque a medida é excepcional ou, pelo menos, especial. V. a respeito Jesús Morant Vidal, *El delito de tráfico de drogas: un estudio multidisciplinar*, Valencia: Editorial práctica de derecho, 2005, p. 256 e s.
- [122] Observe-se enfaticamente que diferente é a situação do agente infiltrado que venha a participar de ação criminosa, o que será discutido em outro estudo, mas desde logo v. Isabel Oneto, *O agente infiltrado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005; e Manuel da Costa Andrade, Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral), in *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira, Colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 2008, p. 99 e s.
- [123] *Nosso Direito processual civil brasileiro*, Saraiva: São Paulo, v. 3, p. 270 e s.
- [124] *Direito processual penal*, Forense, 1990, p. 349.
- [125] Para nós, de forma claramente inconstitucional. Não é esse, entretanto, o entendimento da grande maioria da jurisprudência,

inclusive dos tribunais superiores.

- [126] Cf. Paulo José da Costa Jr. e Edis Milaré, *Direito penal ambiental – Comentários à Lei n. 9.605/98*, Millennium, 2003.
- [127] Acolhe nossas ponderações Antônio Scarance Fernandes, *O papel da vítima no processo criminal*, cit., p. 136-139, e *A vítima no processo penal brasileiro*, in *La víctima en el proceso penal*, cit., p. 136-139.
- [128] *O papel da vítima no processo criminal*, cit., p. 139-140.
- [129] *O papel da vítima no processo criminal*, cit., p. 134-135.
- [130] *Primeiras linhas*, cit., v. 1, p. 117.
- [131] Sobre a amplitude dos bens jurídicos submetidos à proteção cautelar, v. nosso *Direito processual civil brasileiro*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 157-160.
- [132] V. observações sobre a atuação policial possível mesmo na fase de atos preparatórios no item 19.1.
- [133] Sobre as presunções decorrentes do que ordinariamente acontece, v. item 45.7.
- [134] É preciso atenção quanto às situações descritas no texto, porque há grande variedade terminológica, na doutrina e jurisprudência, sobre elas. O que importa, porém, é a hipótese fática e a solução jurídica de cada uma.
- [135] V. *Inatividade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 181-214.
- [136] V. *Inatividade no processo penal*, cit., p. 181-214.
- [137] V. *Inatividade no processo penal*, cit., p. 371-372
- [138] *Despacho saneador*, Sulina, 1953
- [139] V. nulidade não cominada expressamente, mas de inequívoca ocorrência.

- [140] No direito processual penal não se desenvolveu a teoria da tríplice capacidade que é usual no processo civil (v. nosso *Direito processual civil brasileiro*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 99). É necessária, porém, a distinção, nesta hipótese, no processo penal.
- [141] Não se pode esquecer que, segundo o exposto no item anterior, a nulidade relativa também pode ser decretada de ofício.
- [142] V., p. ex., REsp 39756-RJ, 5ª T., rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 2-3-1994 e REsp 2072-PR, 5ª T., rel. Min. Edson Vidigal, j. 21-5-1990.
- [143] É importante a leitura do conceito de coisa julgada, especialmente em Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, Forense, 1971. V., a respeito, nosso *Direito processual civil brasileiro*, 13. ed., Saraiva, 1999, v. 2. No âmbito específico do processo penal, v. Ada Pellegrini Grinover, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- [144] *Elementos de direito processual penal*, v. 3, p. 95-96.
- [145] *Tratado de derecho procesal penal*, trad. esp., v. 3, p. 342.
- [146] “Subtrair” (CP, art. 155) é expressão verbal diferente de “apropriar-se” (CP, art. 168), mas ambas têm o mesmo conteúdo essencial de transferência patrimonial e, portanto, são equivalentes para os fins que se expõem no parágrafo.
- [147] RT 615/358 e s.
- [148] Mérito, aqui, está no sentido de pedido contido no recurso e não no sentido de mérito da causa, porque há recursos que versam exclusivamente sobre questões processuais e não sobre o mérito da causa. Mas todo recurso tem um pedido, que pode ser chamado de seu mérito, em contraposição a seus pressupostos de conhecimento.
- [149] A rigor, as questões citadas no texto referir-se-iam à sucumbência, e não à legitimidade. Todavia, elas se entrosam,

ficando, pois, tratadas, aqui.

- [150] Os casos de lei especial, como o da Lei de Economia Popular, serão examinados no capítulo sobre os procedimentos.
- [151] A questão é controvertida e, ainda, é pendente de orientação dos Tribunais Superiores.
- [152] Os casos de recurso de ofício de leis especiais serão indicados no capítulo sobre os procedimentos.
- [153] A existência de leis especiais prevendo hipóteses de decisões recorríveis pelo recurso no sentido estrito não lhe retira a taxatividade. Ao contrário, confirma-a, porque somente por lei é que uma decisão, em princípio irrecurável, pode ser objeto desse recurso.
- [154] Esse mecanismo, denominado “juízo de retratação”, tem origem portuguesa, onde tinha o sentido de permitir que o juiz corrigisse a própria decisão, a fim de evitar eventual sanção correcional se o *error in procedendo* fosse posteriormente reconhecido como inaceitável.
- [155] A Lei n. 7.780/89 acrescentou as hipóteses da revogação da prisão preventiva e da concessão da liberdade provisória, eliminando a polêmica que existia a respeito.
- [156] O *habeas corpus* é julgado prejudicado se o juiz admite que cessou a coação ilegal, em tese, impugnada.
- [157] V. Resolução n. 140, de 1º de fevereiro de 1996, do Supremo Tribunal Federal (DJU de 9-2-1996).
- [158] Sobre as diversas teorias sobre a essência do processo, v. Nicola Picardi, *La successione processuale*.
- [159] João Monteiro, *Teoria do processo civil*, Borsoi, 1956, v. 1, p. 40.
- [160] Ihering, *Esprit*, v. 3, p. 173
- [161] Robert Winess Millar, *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. Catalina Grossman; Ada Pellegrini

Grinover, Araújo Cintra e Cândido R. Dinamarco, *Teoria geral do processo*, Revista dos Tribunais, 1974, Cap. 4.

- [162] *Juizados Especiais Criminais*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- [163] Os prazos no caso do réu solto são impróprios, não acarretando efeitos processuais o seu excesso.
- [164] A Súmula 603 do STF esclarece que o latrocínio é de competência do juiz singular e não do Tribunal do Júri.
- [165] *Código de Processo Penal anotado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 424.
- [166] Há, porém, decisão em contrário do Tribunal de Justiça de São Paulo em *RT*, 609/295, mandando aplicar-se o texto do Código.
- [167] *V. Direito processual penal*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, t. II, p. 81-2.
- [168] Gustavo Henrique Badaró, *Direito processual penal*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, t. II, p. 82.
- [169] V. Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, cit., p. 434-437.
- [170] Sobre o constrangimento ilegal e suas consequências em face da pessoa jurídica nos crimes ambientais, v. item 20.2.
- [171] Cf. STJ, HC 97.608-SP, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 22.4.2008.
- [172] Cf. STJ, HC 107.456-MG, Min. Jane Silva (Des. federal convocada do TJMG), 6ª T., j. 24-6-2008.
- [173] Cf. STF, HC 93.134-SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. 18-12-2007
- [174] Cf. STF, HC 92.364-RJ, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. 2-10-2007.
- [175] Cf. STF, HC 89.970-RO, Min. Cármen Lúcia, 1ª T., j. 5-6-2007.

- [176] Cf. STF, HC 92.476-SP, Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 24-6-2008.
- [177] *Curso de direito processual penal*, São Paulo: Saraiva, 1973, p. 397 e s.
- [178] *História e prática do "habeas corpus"*, cit., p. 570.
- [179] *Da revisão criminal – condições da ação*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 127-131 e 238-239.
- [180] *Revisão criminal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 238 e s
- [181] V. Maria Elizabeth Queijo, *Da revisão criminal*, cit., p. 238-239.
- [182] Como entende Sérgio de Oliveira Médici que diante da ausência de partes (contrária ou passiva), rejeita a natureza jurídica de ação (*Revisão criminal*, cit., p. 277-279).
- [183] *Código de Processo Penal anotado*, cit., p. 521.
- [184] Sobre os aspectos criminais da Lei de Licitações, v. nosso *Dos crimes da Lei de Licitações*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- [185] Esta é apenas uma referência sumária ao procedimento da Lei Especial. Quem desejar desenvolver sua atenção para outros aspectos da Lei de Drogas e o procedimento penal, v. Vicente Greco Filho, *Tóxicos: prevenção e repressão*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, e Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, *Lei de Drogas anotada*, 3. ed., Saraiva, 2009.