EUGÊNIO **PACELLI**

CURSO DE PROCESSO PENAL

25ª edição revista e atualizada

PACOTE **ANTICRIME**
Lei 13.964, de 24.12.2019

Atualizações no site:
www.eugeniopacelli.com.br

gen | atlas

CURSO DE PROCESSO PENAL



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

EUGÊNIO **PACELLI**

CURSO DE PROCESSO PENAL

25ª edição revista e atualizada

gen | atlas

- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

- Fechamento desta edição: *20.01.2021*

- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**

- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2021 *by*
Editora Atlas Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Conselheiro Nébias, 1384
São Paulo – SP – 01203-904
www.grupogen.com.br

- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Atlas Ltda.

- Capa: Aurélio Corrêa

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE. SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS RJ.**

P115c

Pacelli, Eugênio
Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-97-02694-8

1. Direito penal – Brasil. 2. Processo penal – Brasil. I. Título.

20-68149 CDU: 343.2(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza – Bibliotecária – CRB-7/6439



A Ló, Pedro Ivo, Isabela e Gabriel, por todas as razões.

E ao pequeno Lucas Pacelli, primeiro de seu nome, pelas mesmas razões.

Agradecimentos especiais a Pedro Ivo e Isabela, pelo diálogo permanente e pelo fundamental esforço de revisão e atualização da obra, junto com o autor.

Sobre o Autor

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Professor do curso de pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Penal (IDP) Ex-Procurador Regional da República do Distrito Federal. Relator-Geral d Comissão de Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, instituída pelo Senad da República. Advogado.

Sumário

Introdução

1 O Processo Penal Brasileiro

1.1 O Código de Processo Penal

1.2 A Constituição da República de 1988 e o Processo Constitucional

1.3 O sistema acusatório

1.4 Sistemas processuais incidentes: o modelo brasileiro

2 Leis e Processo Penal no Tempo e no Espaço

2.1 Tratados e convenções internacionais

2.2 A jurisdição dos tribunais penais internacionais

2.3 Leis processuais no espaço e no tempo

3 Sistema dos Direitos e Princípios Fundamentais

3.1 Estado Democrático de Direito e postulados de interpretação

3.2 Garantismo e intervenção penal

3.3 A base ou estrutura principiológica

3.3.1 O justo processo: devido processo legal

3.3.1.1 Juiz natural

3.3.1.2 Direito ao silêncio e não autoincriminação

3.3.1.3 Contraditório

3.3.1.4 Ampla defesa
3.3.1.5 Estado ou situação jurídica de inocência
3.3.1.6 Vedação de revisão *pro societate*
3.3.1.7 Inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente

4 A Fase Pré-Processual: a Investigação Criminal

4.1 Inquérito policial
4.1.1 Procedimento
4.1.2 Poder de polícia e representação ao juiz: capacidade postulatória
4.1.3 Arquivamento
4.1.3.1 Arquivamento indireto
4.1.3.2 Conflito de atribuições no âmbito do Ministério Públic
4.1.4 Inquérito policial e extinção da punibilidade
4.2 Investigações administrativas
4.3 Lei de Abuso de Autoridade

5 Da Ação Penal

5.1 A estrutura dialética do processo: potencialização da ampla defesa
5.2 Ação e processo
5.2.1 Pretensão e lide
5.3 Condições da ação
5.3.1 Interesse de agir
5.3.2 Legitimidade
5.3.3 Possibilidade jurídica do pedido
5.3.4 Condições de procedibilidade
5.3.5 A justa causa
5.4 Pressupostos processuais
5.4.1 Pressuposto de existência

5.4.2 Requisitos de validade
5.5 Ação penal pública incondicionada
5.5.1 Ação (penal) popular e crime de responsabilidade
5.5.2 Ação penal pública incondicionada: princípio fundamental: a obrigatoriedade
5.5.2.1 Acordo de não persecução penal
5.5.3 Indisponibilidade e outras regras processuais
5.5.4 Critério de definição da legitimação ativa
5.5.5 Discricionariedade regrada
5.6 Ação penal pública condicionada
5.6.1 Prazo decadencial da representação
5.6.2 Capacidade ou legitimação para representar
5.6.3 Retratação
5.6.4 Legitimação concorrente ou alternativa?
5.7 Ação penal privada
5.7.1 Legitimação ativa
5.7.2 Disponibilidade
5.7.2.1 Renúncia
5.7.2.2 Perempção e desistência
5.7.2.3 Perdão
5.7.3 Indivisibilidade
5.7.4 Decadência
5.7.5 Crimes contra a dignidade sexual
5.8 Ação privada personalíssima
5.9 Ação privada subsidiária da pública
5.10 Denúncia e queixa
5.10.1 Crimes coletivos e individualização da conduta

5.10.2 Acusação genérica e acusação geral
5.10.3 Aditamento
5.10.4 Litisconsórcio
5.10.5 Prazo
5.10.6 Capitulação
5.10.7 Rejeição
5.10.8 Omissões
5.11 Extinção da punibilidade

6 Ação Civil *Ex Delicto*
6.1 Generalidades
6.2 Prejudicialidade
6.3 Objeto
6.4 Legitimação
6.5 Subordinação temática e eficácia preclusiva
6.5.1 Nas decisões condenatórias
6.5.2 Nas decisões absolutórias
6.5.3 A negativa de autoria
6.6 Responsabilidade civil de terceiros
6.7 A legitimação do Ministério Público

7 Jurisdição e Competência
7.1 Jurisdição e repartição de competência
7.2 Juiz natural e competência absoluta: competência de jurisdição
7.3 Prerrogativa de função (*ratione personae*)
7.3.1 Crimes comuns e crimes de responsabilidade
7.3.2 Critério da simetria
7.3.3 Critério de regionalização

7.3.3.1 Deputados Estaduais e Prefeitos

7.3.3.2 A extensão dos foros privativos nas Constituições Estaduais

7.3.4 Prerrogativa de função e natureza do crime

7.3.5 Processo e procedimentos

7.3.5.1 Competência originária

7.3.5.2 O exercício efetivo do cargo

7.3.5.3 Foro privativo e procedimento

7.3.5.4 Prerrogativa de função, concurso de agentes e concurso crimes

7.4 Imunidades materiais e imunidades formais ou processuais

7.5 Competência em razão da matéria (*ratione materiae*)

7.5.1 Competência da Justiça Federal

7.5.1.1 A casuística constitucional

7.6 Competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral

7.7 A competência territorial

7.7.1 Competência relativa e competência absoluta

7.7.2 Critérios de determinação da competência infraconstitucional

7.7.2.1 O lugar

7.7.2.2 A natureza da infração

7.7.2.3 O domicílio ou residência do réu

7.7.2.4 A prevenção

7.7.2.5 A distribuição

7.8 Modificação de competência e *perpetuatio jurisdictionis*

7.8.1 Desclassificação

7.8.2 Conexão

7.8.3 Continência

7.8.4 Unidade de processo e de julgamento
7.8.5 Eleição do juízo prevalente
7.8.6 Separação de processos conexos e/ou continentes
7.8.7 Prorrogação de competência

8 Das Questões e Processos Incidentes

8.1 Das questões prejudiciais
8.2 Dos processos incidentes
8.2.1 Das exceções
8.2.1.1 Exceção de suspeição, impedimento ou incompatibilid
8.2.1.2 Exceção de incompetência
8.2.1.3 Demais exceções
8.3 Do conflito de jurisdição
8.4 Da restituição de coisas apreendidas
8.5 Das medidas assecuratórias
8.5.1 Sequestro
8.5.2 Especialização de hipoteca
8.5.3 Arresto
8.5.4 Medidas assecuratórias previstas na lavagem de dinheiro e ativos (Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12)
8.5.5 Da alienação antecipada de bens arrestados, hipotecados ou objet de sequestro – Lei nº 12.694/12
8.6 Do incidente de falsidade
8.7 Da insanidade mental do acusado

9 Da Prova

9.1 Teoria da prova
9.1.1 O mito e o dogma da verdade real

9.1.2 A distribuição do ônus da prova e a iniciativa probatória do juiz

9.1.3 O livre convencimento motivado e a íntima convicção

9.1.3.1 A prova tarifada ou sistema das provas legais

9.1.3.2 O livre convencimento motivado: persuasão racional

9.1.3.3 Hierarquia e especificidade de provas

9.1.4 Direito e restrições à prova

9.1.4.1 A inadmissibilidade das provas ilícitas

9.1.4.2 A teoria dos frutos da árvore envenenada

9.1.4.3 A teoria do encontro fortuito de provas

9.1.4.4 A prova ilegítima: a prova emprestada

9.1.4.5 O aproveitamento da prova com exclusão da ilicitude

9.1.4.6 O aproveitamento da prova ilícita: proporcionalidade, proibição de excesso (vedação de proteção deficiente?)

9.2 Meios de prova

9.2.1 Do interrogatório

9.2.1.1 Direito ao silêncio e não autoincriminação

9.2.1.2 Intervenções corporais

9.2.1.3 Procedimento

9.2.2 Da confissão

9.2.3 Da prova testemunhal

9.2.3.1 Capacidade para testemunhar

9.2.3.2 O compromisso de dizer a verdade

9.2.3.3 Dispensa do dever de depor

9.2.3.4 Proibição do testemunho

9.2.3.5 Testemunhas, declarantes, informantes e outros

9.2.3.6 Regras procedimentais gerais

9.2.3.7 Proteção à testemunha: Lei nº 9.807/99

9.2.4 Da prova pericial

9.2.4.1 A cadeia de custódia

9.2.4.2 O exame de corpo de delito

9.2.4.3 Outras perícias

9.2.4.4 Prova pericial e contraditório

9.2.5 Das perguntas ao ofendido

9.2.6 Do reconhecimento de pessoas e coisas

9.2.7 Da acareação

9.2.8 Dos documentos

9.2.9 Dos indícios

9.2.10 Da busca e apreensão

10 Sujeitos do Processo

10.1 Partes e relação processual

10.1.1 Parte (no sentido) formal e parte (no sentido) material

10.2 Do juiz

10.2.1 Imparcialidade

10.2.2 Poderes gerais e iniciativa probatória

10.2.3 Juiz natural

10.2.4 Princípio da identidade física do juiz

10.3 Do Ministério Público

10.3.1 A imparcialidade

10.3.2 Suspeição, impedimento e incompatibilidade: consequências

10.3.3 O promotor natural

10.3.4 Atividades investigatórias

10.4 Do acusado

10.5 Do defensor

10.6 Da assistência
10.6.1 Legitimação
10.6.2 O assistente como *custos legis*
10.6.3 Faculdades processuais
10.6.4 Recurso de sentença penal condenatória
10.6.5 Procedimento
10.7 Peritos, intérpretes e funcionários da justiça
10.8 Ofendido?

11 Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória
11.1 As regras das prisões e da liberdade provisória: as medidas cautelares pe soais
11.2 As determinações constitucionais da não culpabilidade
11.3 Princípio fundamental das medidas cautelares: o postulado da proporcionalidade
11.4 As medidas cautelares, diversas das prisões
11.4.1 Regras gerais da aplicação
11.4.1.1 Poder geral de cautela?
11.4.1.2 A fiança e seu cabimento
11.4.2 Procedimento das cautelares
11.5 A prisão em flagrante
11.5.1 Considerações gerais
11.5.2 Flagrante esperado e flagrante preparado (provocado)
11.5.3 Flagrante diferido (controlado)
11.5.4 Missões/funções da prisão em flagrante
11.5.5 Prisão em flagrante e situações especiais
11.5.6 Audiência de custódia
11.6 Prisão temporária

11.6.1 Prisão temporária e o art. 313, I, CPP
11.7 Prisão preventiva
11.7.1 Requisitos fáticos: situações legais de risco à persecução penal
11.7.2 Requisitos normativos: definição dos crimes passíveis de decretação de prisão preventiva
11.7.2.1 Exceções ao teto do art. 313, I, CPP
11.7.3 Prazo: a construção jurisprudencial
11.7.4 Prisão preventiva *ex officio*
11.7.5 Vedação legal à prisão preventiva
11.8 Prisão domiciliar
11.9 O ato prisional: generalidades
11.10 Prisão especial
11.10.1 O Parlamento e as cautelares pessoais no processo penal
11.11 Prisão para extradição e prisão civil
11.12 A liberdade provisória com e sem fiança
11.12.1 Relaxamento da prisão
11.12.2 Liberdade provisória com fiança
11.12.2.1 Cautelares de ofício e sistema acusatório
11.12.2.2 Procedimento da fiança
11.12.3 A restituição da liberdade do art. 283, § 1º, do CPP
11.12.4 A inafiançabilidade constitucional e a vedação *ex lege* à liberdade
11.12.5 Execução provisória

12 Das Citações e Intimações

12.1 Das citações
12.1.1 Espécies de citação
12.1.2 Citação do réu preso

12.1.3 Citação do incapaz
12.1.4 Revelia e suspensão do processo e do prazo prescricional
12.2 Das intimações

13 Dos Atos Processuais e dos Atos Judiciais
13.1 Dos atos processuais
13.1.1 Dos prazos processuais
13.2 Dos atos judiciais
13.2.1 Decisões interlocutórias
13.2.2 Decisões com força de definitivas
13.2.3 Sentenças
13.2.3.1 A correlação entre sentença e pedido
13.2.3.2 *Emendatio libelli*
13.2.3.3 *Mutatio libelli*
13.2.3.4 Motivação e dispositivo das sentenças
13.2.3.5 Intimação da sentença
13.2.4 Coisa julgada em matéria penal

14 Dos Procedimentos
14.1 Processo e procedimento
14.2 Procedimento comum
14.2.1 Procedimento ordinário
14.2.2 Procedimento sumário
14.3 Da suspensão do processo
14.3.1 Suspensão do processo: direito ou discricionariedade?
14.3.2 Revogação e cumprimento da suspensão
14.3.3 Ação privada
14.3.4 Cabimento: concurso de crimes, tentativa, causa de aumento e de

diminuição

14.4 Do procedimento do Tribunal do Júri

14.4.1 Anotações introdutórias

14.4.2 Da acusação e da instrução preliminar

14.4.2.1 Absolvição sumária

14.4.2.2 Desclassificação

14.4.2.3 Impronúncia

14.4.2.4 Pronúncia

14.4.3 Da fase de julgamento

14.4.3.1 Da preparação do processo para julgamento em plenár

14.4.3.2 Do desaforamento

14.4.3.3 Jurados: recusas, imparcialidade

14.4.3.4 Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri

14.4.3.5 Da quesitação

14.4.3.6 Da instrução em plenário

14.5 Dos Juizados Especiais Criminais

14.5.1 Considerações gerais

14.5.2 Infrações de menor potencial ofensivo

14.5.3 A transação penal: direito subjetivo ou discricionariedade?

14.5.4 Competência e atos processuais

14.5.5 O rito nos Juizados Criminais

14.6 Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei nº 11.340/06

14.6.1 Considerações gerais

14.6.2 Competência cível e criminal: limitações constitucionais

14.6.3 Procedimentos e medidas cautelares

14.6.4 Medidas protetivas de urgência

14.7 Processo e procedimentos especiais

14.7.1 Dos processos de competência originária

14.7.2 Crimes contra a honra

14.7.3 Crimes de responsabilidade de funcionários públicos

14.7.4 Crimes de tráfico de drogas

14.7.5 Processo penal eleitoral

14.7.6 Crimes falimentares

14.7.7 Colegiados de primeiro grau e organizações criminosas na Lei nº 12.694/12

14.7.8 A Lei de Organizações Criminosas – Lei nº 12.850/13

14.7.9 Crimes de lavagem de dinheiro e ativos (Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12)

14.7.10 Lei do Tráfico de Pessoas

14.7.11 Lei nº 13.285/16

14.7.12 Da infiltração policial na internet

14.8 Procedimentos e conexão e/ou continência

15 Das Nulidades

15.1 Atos inexistentes

15.2 Nulidades e ilicitudes na investigação

15.3 Nulidade absoluta e nulidade relativa

15.4 Nulidades: efeito devolutivo dos recursos e vedação da *reformatio in pejus*

15.5 A regra do interesse nas nulidades

15.6 A instrumentalidade das formas

15.7 Causalidade: derivação das nulidades

15.7.1 Nulidade e incompetência absoluta

15.8 Convalidação

15.9 A casuística do Código de Processo Penal

16 Dos Recursos

16.1 Teoria dos recursos

16.1.1 Princípios

16.1.1.1 O duplo grau

16.1.1.2 A voluntariedade dos recursos

16.1.1.3 A unirrecorribilidade

16.1.1.4 A fungibilidade dos recursos

16.1.1.5 A vedação da *reformatio in pejus*

16.1.2 Regras: suplementaridade, complementaridade e outras

16.1.3 Disponibilidade

16.1.4 Efeitos dos recursos

16.1.4.1 Efeito suspensivo

16.1.4.2 Efeito devolutivo

16.1.4.3 Efeito extensivo e iterativo

16.1.5 Classificações dos recursos

16.1.6 Juízo de admissibilidade dos recursos

16.1.6.1 Requisitos objetivos

16.1.6.2 Requisitos subjetivos

16.2 Da apelação

16.2.1 Cabimento

16.2.2 Efeitos

16.2.3 Procedimento

16.3 Do recurso em sentido estrito

16.3.1 Cabimento

16.3.2 Procedimento

16.3.3 Efeitos

16.4 Embargos infringentes ou de nulidade
16.5 Embargos declaratórios
16.6 Embargos de divergência
16.7 Carta testemunhável
16.8 Agravo de execução
16.9 Correição parcial
16.10 Recurso ordinário, extraordinário e especial
16.10.1 Recurso ordinário
16.10.2 Recurso especial
16.10.3 Recurso extraordinário
16.11 Ações autônomas
16.11.1 Mandado de segurança
16.11.2 Ação de revisão criminal
16.11.3 *Habeas corpus*

17 Relações Internacionais com Autoridade Estrangeira
17.1 Cartas rogatórias
17.2 Homologação das sentenças estrangeiras

Referências

Índice remissivo

Introdução

Na virada da primeira década do século XXI, nossa legislação processual penal permanece atrelada à codificação elaborada no longínquo ano de 1941, o nosso incansável Código de Processo Penal.

Evidentemente, de lá para cá muito foi alterado. Não fosse isso, certamente ainda estaríamos nas trevas de uma cultura confessadamente autoritária. Mas continuamos a aguardar uma *reforma* mais atualizada com os novos sopros da pós-modernidade.

Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados) o PLS n 156 (Projeto de Lei no Senado), renumerado para PL nº 8.045/10, cuidando da elaboração de um Novo Código de Processo Penal, produzido com base no anteprojeto gestado por uma comissão de juristas em 2008, a qual tivemos a honra de integrar.

Nosso Código é de 1941, o que, por si só, já explica o elevado grau da superação de seu conteúdo originário.

A aludida legislação codificada refletia uma mentalidade tipicamente policialesca, própria da época, em absoluto descompasso com a Constituição da República, que já respirava ares de maior participação popular. Certamente por isso, a preocupação com a afirmação de direitos e garantias individuais mereceu capítulo específico na nova ordem constitucional.

Entre as modificações legislativas mais importantes, cite-se a Lei nº 11.689, de 10 de junho de 2008, que modifica inteiramente o rito procedimental do júri; a Lei nº 11.690, da mesma data, que altera o tratamento das provas, inclui novas disposições e esclarece algumas dúvidas doutrinárias; a Lei nº 11.719, de 20 de junho, que promove

ampla modificação nos ritos e procedimentos; a Lei nº 11.900/09, a cuidar de diversas modalidades do interrogatório; a Lei 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil, com inúmeros reflexos no processo penal; e a Lei 13.964/19, responsável pela incorporação em nosso direito de diversos institutos que já eram objeto de estudo e aplicação no direito comparado (como, por exemplo, a audiência de custódia, a cadeia de custódia da prova...).

Aplausos, ainda, para as Leis nºs 12.015/09, 12.033/09 e 13.718/18, que *publicizaram* a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual e contra a honra (injúria), quando consistente, no último caso, na utilização de preconceito de cor, raça, origem, etnia, idade ou deficiência da vítima. Na primeira hipótese, a ação penal passa a ser pública incondicionada, ao passo que na segunda exige-se a representação do ofendido.

De grande relevância, igualmente, a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, a tratar e introduzir diversas medidas cautelares pessoais no Brasil, apresentando alternativas efetivas e concretas às prisões cautelares.

Nesse ponto, há que se ter otimismo. Embora ainda se mantenham na citada lei alguns ranços da legislação anterior, parece-nos inegável o avanço na matéria, a facultar ao juiz um rico elenco de cautelares pessoais que devem preferir à custódia do investigado ou acusado, salvo quando indispensável a medida, seja pelo descumprimento de alguma das cautelares (art. 282, § 4º, CPP), seja pela gravidade do crime (art. 313, I, CPP).

Esta obra é um trabalho essencialmente doutrinário, no sentido de propor um confronto entre as possíveis leituras dos institutos e categorias do processo penal brasileiro, sem se limitar à mera reprodução de posições já dominantes, algo que infelizmente anda bem ao gosto de parte de nossa produção literária. O espaço para a reflexão crítica será certamente uma de nossas preocupações centrais.

As inúmeras referências feitas à jurisprudência de nossos tribunais superiores, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal, têm também este propósito: permitir o exame quanto à coerência dos julgados e sobre as respectivas fundamentações por vezes ausentes. Nessa perspectiva, um diálogo permanente entre as pretensões

teóricas e a aplicação prática na jurisprudência dos Tribunais enriquece sobremaneira o texto e a profundidade das reflexões, até porque o Direito não pode ser visto nem tratado como prerrogativa das academias ou das instituições públicas e privadas que a ele se dedicam. Acresça-se a isso nossa preocupação com uma inevitável atualização legislativa, que, no Brasil, infelizmente, apresenta alto nível de produtividade, nem sempre como sinal de avanço.

Aliás, procuraremos desenvolver as nossas abordagens sempre sob a perspectiva dos mais recentes estudos acerca da interpretação constitucional, e, portanto, dos postulados inerentes ao nosso sistema dos direitos fundamentais, bem como dos princípios fundamentais do processo e mais especificamente do impacto que se deve esperar (ou mesmo imprimir) de sua aplicação no campo da dogmática do processo penal.

Nesse passo, assinale-se a permanente necessidade de se procurar estabelecer critérios mais atuais para a aplicação de determinadas normas constitucionais, na medida em que uma delas posta em tensão com outra estará reclamando um exame no âmbito da sua *adequabilidade* para a solução de casos concretos. Em matéria penal e processual penal, não se pode perder de vista que o seu conteúdo envolve questões de alta relevância, as quais nem sempre podem ser resolvidas sem que se considerem as particularidades de cada caso concreto.

Acreditamos firmemente que somente a partir da estruturação principiológica do processo poderemos, por exemplo, reconstruir a concepção de um modelo de processo com feições acusatórias, como entendemos ser possível e indispensável ao nosso ordenamento.

Para nós, não é mais admissível compreender e muito menos seguir aplicando o processo penal sem a filtragem constitucional.

Demonstrar essa realidade deve ser um compromisso de todo aquele que se dispõe a escrever sobre o tema.

Por isso mesmo, as nossas maiores preocupações se dirigirão às questões de fundo, de conteúdo da relação ou das relações jurídicas, ou ainda da situação jurídica que habita o processo penal. A *ritualística*, isto é, a maneira de desenvolvimento dos

atos processuais no que se refere às diversas formas de procedimento, merecerá, tal como ela mesma nos parece, um tratamento mais burocrático, sem maiores incursões da reflexão.

Por todo o exposto, é possível perceber que o texto que segue não pretende uma abordagem completa dos diversos temas, em termos de extensão e profundidade. Essa seria uma tarefa mais adequada a um *tratado*. O nosso estudo pretende cumprir o papel e a função de um *manual*, ou, conforme o nome indica, de um *Curso de processo penal*.

Não obstante, pensamos que as linhas básicas do que entendemos necessário à compreensão dos diversos institutos da disciplina encontram-se suficientemente delimitadas. Assim, o leitor poderá, querendo, empreender novas reflexões para o seu desenvolvimento. É o que esperamos.

CAPÍTULO 1

O Processo Penal Brasileiro

1.1 O Código de Processo Penal

Após a vigência das Ordenações do Reino de Portugal (do século XVI ao início do século XIX), nossa primeira legislação codificada foi o *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*, em 1832, merecendo registro também algumas disposições processuais previstas na Constituição imperial de 1824, que lhe antecedeu. A tanto não retrocederemos, porém.

A perspectiva histórica que mais nos interessa, exatamente porque até hoje ainda nos alcança, situa-se em meados do século XX, mais precisamente no ano de 1941, com a vigência do nosso, ainda atual (quanto à vigência!), Código de Processo Penal.

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa em sua *Exposição de Motivos*.

Na redação primitiva do Código de Processo Penal, até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau

de apenação da infração penal (o antigo art. 596, CPP). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automática e obrigatoriamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse (o antigo art. 312, CPP).

Aliás, é o que o legislador ainda persegue em algumas leis – Lei nº 8.072/90, Crimes Hediondos; Lei nº 11.343/06, Tráfico de Drogas; e Lei nº 10.826/03, do Estatuto do Desarmamento –, a pretender vedar *ex lege*, isto é, por força de mera abstração legislativa, a restituição da liberdade àquele aprisionado em flagrante. A Lei nº 12.683/2012 revogou idêntica disposição legal que também vedava a restituição da liberdade nos crimes de lavagem de dinheiro, então constante do art. 3º da Lei nº 9.613/98.

No ponto, registre-se alteração promovida pela Lei nº 11.464, de março de 2007, que, modificando o art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/90 – passou a vedar unicamente a liberdade provisória com fiança, permitindo a restituição da liberdade com a imposição de outras medidas cautelares diversas da fiança. Aliás, o atual art. 323, CPP, reproduz a inafiançabilidade constitucional de alguns delitos, como se fosse possível vedar qualquer forma de restituição da liberdade após a prisão em flagrante.

Logo veremos que o Supremo Tribunal Federal vem cuidando de limitar determinados excessos legislativos, reconhecendo, enfim, a impossibilidade de se permitir ao legislador, *a priori*, ou seja, sem o exame de cada caso concreto, a restituição à liberdade daquele que foi preso em flagrante.

Pensamos que, a partir da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, mais e melhor se esclarece a natureza acautelatória de toda restrição de direito no curso do processo penal, o que exigirá, inexoravelmente, ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. As novas cautelares pessoais, que incluem a prisão preventiva, dependerão de fundamentação judicial, conforme se vê do texto expresso do atual art. 283, *caput*, CPP.

Voltando ao passado, o princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal, então, era o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que

ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de *inocência*, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente?

Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, *presunção de culpa*, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime italiano da década de 1930, nada há a se estranhar. Mas a lamentar há muito. Sobretudo no Brasil, onde a *onda* policialesca do Código de Processo Penal produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras.

É claro que é – e sempre será – muito difícil compatibilizar interesses tão opostos como aqueles representados pela necessidade de aplicação da lei penal (enquanto ela existir) e o exercício da liberdade individual.

Então, de modo mais explícito, apontam-se *no originário Código de Processo Penal* as seguintes e mais relevantes características:

a) o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para a qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presente presunção de inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa etc.) na conduta do agente (antiga redação do art. 310, *caput*, CPP – atual § 1º do mesmo dispositivo);
b) em uma suposta balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma consequente exacerbação dos poderes dos agentes policiais;
c) a busca da verdade, sinalizada como a da verdade *real*, legitimou diversas

práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional. Essa parece ser a razão pela qual Jacinto Nelson Miranda Coutinho, ilustre processualista, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, insistia em conceituar o nosso modelo processual como de natureza preferencialmente inquisitorial (COUTINHO, 2001, p. 3-50);

d) o interrogatório do réu era realizado, efetivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como *meio de prova*, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja em forma de silêncio (antiga redação do art. 186 e o ainda atual art. 198, já revogado *implicitamente*), seja pelo não comparecimento em juízo. É autorizada, então, a sua condução coercitiva (art. 260, CPP).

Repita-se: estamos tratando da redação originária do Código de Processo Penal.

Na década de 1970, mais precisamente nos anos 1973 e 1977, houve grandes alterações no aludido Código, iniciadas, aliás, com a Lei nº 5.349/67, por meio das quais foram flexibilizadas inúmeras regras restritivas do direito à liberdade. Já nesse século, então, com as Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, todas de junho de 2008, e também com a Lei nº 13.964/19, a legislação processual penal sofreu novos e grandes ajustes, cujas alterações serão apreciadas a seu tempo e no espaço temático adequado.

Não bastasse, a Lei nº 12.403/11 não deixa mais dúvidas: nosso Código de Processo Penal vai se alinhando às determinações constitucionais, ao menos em temas essenciais: as prisões provisórias devem ser sempre a exceção, devendo o magistrado *preferir* as medidas cautelares diversas daquelas (prisões).

1.2 A Constituição da República de 1988 e o Processo Constitucional

Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta.

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, CF).

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo *justo* deve atentar, sempre, para a desigualdade *material* que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.

Processo *justo* a ser realizado sob instrução contraditória, perante o juiz natural da causa, e no qual seja exigida a participação efetiva da defesa técnica, como única forma de construção válida do convencimento judicial. E o convencimento deverá ser sempre *motivado*, como garantia do adequado exercício da função judicante e para que se possa impugná-lo com maior amplitude perante o órgão recursal.

Mais que isso, ou junto a isso, deve ser um processo construído sob os rigores da Lei e do Direito, cuja observância é imposta a todos os agentes do Poder Público, de maneira que a verdade ou verossimilhança (certeza, enfim!) judicial seja o resultado da atividade probatória licitamente desenvolvida. Disso decorrerá também a vedação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, CF), não só como afirmação da

necessidade de respeito às regras do Direito, mas como proteção aos direitos individuais, normalmente atingidos quando da utilização ilícita de diligências e dos meios probatórios.

Uma vez que ao Estado deve interessar, na mesma medida, tanto a absolvição do inocente quanto a condenação do culpado, o órgão estatal responsável pela acusação, o Ministério Público, passou a ser, com a Constituição de 1988, uma instituição independente, estruturado em carreira, com ingresso mediante concurso público, sendo-lhe incumbida a defesa da *ordem jurídica*, e não dos interesses exclusivos da função acusatória. Nesse sentido, o Ministério Público, e não só o Poder Judiciário deve atuar com *imparcialidade*, reduzindo-se a sua caracterização conceitual de *parte* ao campo específico da técnica processual.

1.3 O sistema acusatório

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual *inquisitório* do modelo *acusatório* pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o *acusatório* seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos. A par disso, outras características do modelo inquisitório, diante de sua inteira superação no tempo, ao menos em nosso ordenamento, não oferecem maior interesse, caso do processo *verbal e em segredo*, sem contraditório e sem *direito* de defesa, no qual o acusado era tratado como objeto do processo.

As principais características dos aludidos modelos processuais penais seriam as seguintes:

a) no sistema acusatório, além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação;
b) já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o

processo se iniciaria com a *notitia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento.

No século XIX, e mais precisamente no ano de 1808, com o surgimento do famoso *Code d'instruction criminelle* francês, outro modelo processual com características bem definidas se apresentava à prática judiciária.

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução –, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.

No findar de 2019, nosso legislador optou por adotar um sistema similar a este, ao introduzir a figura do "juiz de garantias" na Lei 13.964/19, com atuação restrita à fase de investigação. A *novidade* é, em verdade, mais antiga, oriunda do Projeto de Novo CPP (PL 8.045/10), ainda em tramitação na Câmara dos Deputados. Esse Projeto foi elaborado por uma Comissão de Juristas instituída pelo Senado da República em 2009, e da qual tivemos a honra de integrar, como Relator-Geral. Ali se criou o juiz das garantias e se esculpiu a estrutura acusatória de processo. Guardamos especial apreço pela norma agora introduzida pelo art. 3º-A, cujo conteúdo leva nossas digitais.

Embora a determinação de criação do *juiz de garantias* tenha ocupado a preferência nos debates, o grande passo dado pela Lei 13.964/19 foi na direção de um maior esclarecimento legislativo em torno da estrutura acusatória de processo. O novo art. 3º-A, ao estipular a vedação expressa da iniciativa judicial como *substitutiva* do ônus acusatório que recai no autor da ação penal, vem consagrar, em definitivo, o modelo acusatório no processo penal brasileiro, deixando claro que o juiz não é detentor de iniciativa probatória *autônoma*, mas apenas para fins de esclarecimento de dúvida surgida na instrução.

Com efeito, a despeito das limitações semânticas que o texto comporta, resta claro

que a proibição da atuação probatória do juiz na fase de processo se refere àquela voltada para a produção de prova não requerida pelas partes, sendo-lhe vedado atuar *em substituição* do órgão da acusação, que tem o ônus processual de provar tudo o quanto tenha alegado na denúncia. Assim, não poderá o juiz determinar a produção de prova, ainda quando importante ou mesmo essencial à descoberta dos fatos, se tais elementos estavam à disposição da acusação ou eram acessíveis ao seu conhecimento, pela natureza dos fatos e dos meios e fontes de prova conhecidos e possíveis.

Todavia, todas as normas referentes ao *juiz das garantias* encontram-se suspensas, por força de decisão liminar nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, motivo pelo qual não nos debruçaremos sobre elas.

Obra indispensável sobre o tema, colhe-se em Mauro Fonseca Andrade (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores* . Curitiba: Juruá, 2008) rica e exaustiva pesquisa histórica acerca dos sistemas processuais penais, cujo trabalho, de largos méritos, presta-se também a desfazer não poucos equívocos e confusões conceituais sobre a matéria.

Sob tais distinções, o nosso processo é mesmo acusatório.

Entretanto, a questão não é tão simples. Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário.

Nada obstante, pequenos, mas importantes, reparos foram feitos ao longo desses anos, em relação à construção de um modelo prioritariamente acusatório de processo penal. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, e, acertadamente, já teve oportunidade de decidir pela impossibilidade de o juiz poder requisitar *de ofício* novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. A violação ao sistema acusatório, na hipótese, seria e era patente (STF – HC nº 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma*DJ* 19.12.2002, p. 92).

No campo da distribuição dos ônus da prova, a Lei nº 11.719/08 parece ter adotado uma linha visivelmente *acusatória*, ao eleger as partes como protagonistas na fase de inquirição de testemunhas, reservando-se ao magistrado a função, supletiva,

de esclarecimento dos depoimentos. No ponto, há certo descompasso com a regra geral do art. 156 do mesmo CPP, na qual se confere ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz, frequentemente legitimada pelo decantado princípio da verdade *real*.

Ora, além do fato de não existir nenhuma verdade judicial que não seja uma verdade *processual*, tal princípio, na realidade, na extensão que se lhe dá, pode ser – e muitas vezes foi e ainda é – manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva àquele.

Nesse particular, pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar ou diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável *imparcialidade*. Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação *substitutiva* da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao *ônus processual* de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, II, do CPP, trazida pela Lei nº 11.690/08. Não se quer nenhum *juiz inerte*, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados.

Assim, reputamos equivocada a suspensão do novo art. 3º-A do CPP, que, apesar de se localizar topograficamente na seção de "juiz das garantias" da Lei 13.964/19, extrapola em muito o âmbito daquela figura, delineando os contornos da estrutura acusatória que o legislador desejou imprimir ao processo penal brasileiro. Portanto, o fundamento utilizado para suspender as normas referentes ao *juiz das garantias* não seria aplicável a este artigo específico.

Do mesmo modo, não se pode deixar de criticar e, mais que isso, de rejeitar validade à regra trazida com a Lei nº 11.690/08, que, alterando o disposto no mesmo art. 156 do CPP, permite ao juiz, de ofício, *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes*.

Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela,

ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente do sistema acusatório.

Isso não impedirá, por certo – daí não se aceitar também o aprisionamento ou a limitação indevida da função jurisdicional –, que o Juiz Criminal, na fase de processo (é claro!), e quando for necessário e possível, diligencie em direção, não só do esclarecimento de dúvidas sobre as provas produzidas, mas também na busca de eventuais provas da inocência do acusado. Diferença de tratamento? Sem dúvida, mas plenamente justificada; não se pode, sob quaisquer fundamentos, vincular a decisão judicial à qualidade da atuação das partes (acusação e defesa), particularmente quando se tratar – e quando puder ser antevista – a possibilidade de produção de prova em favor do réu, mesmo não requerida ou vislumbrada pelo defensor.

O processo penal moderno já superou o modelo do *duelo, disputa* ou de *luta*, no qual, a partir de uma *suposta e discutível* premissa da *igualdade entre as partes*, vence aquele que atua melhor e de maneira mais eficiente. Para nós, este é um modelo *medieval*, típico de ambientes que se utilizam da retórica da igualdade (que ali é sempre formal) como reforço de legitimidade de um sistema que só aparentemente é democrático. Mais se dirá sobre o tema no capítulo atinente às provas.

Nessa ordem de ideias, o interrogatório do réu não poderia deixar de ser também redimensionado, como o foi, já a partir da Lei nº 10.792/03, para se constituir, efetivamente, em exclusivo meio de defesa, e não de prova, reservando-se ao acusado o juízo de conveniência e oportunidade quanto à sua participação ou não no referido ato processual. De seu silêncio e de seu não comparecimento não poderão advir, obviamente, quaisquer prejuízos, exatamente por força da norma constitucional (art. 5º, LXIII, CF).

A aplicação do princípio do direito ao silêncio é ainda mais relevante, como se verá, nos procedimentos do Tribunal do Júri, em que vigora a regra da íntima

convicção, por meio da qual os jurados não têm o dever de motivar a sua decisão. Ali, deve-se permitir, como estratégia de defesa, o não comparecimento à sessão de julgamento, independentemente de se tratar de crime inafiançável, como era previsto na antiga redação do art. 451, § 1º, CPP. No particular, aplausos à Lei nº 11.689/08, que deu nova redação ao art. 474 do CPP, permitindo ao acusado submetido ao Tribunal do Júri o não comparecimento, aplicando-se a ele as mesmas disposições relativas aos procedimentos em geral (do interrogatório).

Ainda voltaremos ao tema do *sistema acusatório* umas tantas vezes ao longo deste trabalho, não só por sua manifesta relevância, mas também por ser um dos pilares do sistema de garantias individuais postos pela Constituição de 1988.

Mas que se deixe assentado: não será o fato de se atribuir uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz *na fase processual*, isto é, no curso da ação, que apontará o modelo processual penal adotado.

O juiz *inerte*, como é a regra no denominado *sistema de partes* do direito norte-americano, normalmente classificado pela doutrina como modelo acusatório *puro*, encontra fundamentação em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com nossa realidade atual, mas com a essência do processo penal. Em sistemas como este, do juiz *inerte*, há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade de condenação de alguém pela insuficiência defensiva, reputada, *a priori*, igual à atividade acusatória.

Imperioso que se ouçam as lições de Bernd Schünemann acerca de dois grandes problemas enfrentados pelo chamado sistema *adversarial*, ou tipicamente de *partes*:

a) o primeiro, relativo à questão da verdade a ser construída no processo, explicitando a necessidade de consideração de 'todas as fontes de conhecimento existentes', e não somente aquelas trazidas pelas partes; e,
b) por isso, e seria o segundo problema do citado modelo, à necessidade de comunicação do juiz com as partes e com as provas, bem como a rejeição ao juiz inerte.

E arremata o douto jurista: “Um juiz, no entanto, que, como os jurados, vivencia a colheita de provas como ouvinte espectador mudo, permanece fora desse círculo de comunicação (entre partes, esclarece-se), de modo que sua compreensão passa a ser, cada vez mais, um incalculável fator do acaso” (in: GRECO, Luís (coord.).*Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* . São Paulo: Marcial Pons do Brasil, 2013, p. 229).

1.4 Sistemas processuais incidentes: o modelo brasileiro

A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza *mista*, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais. Alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase *pré-processual* já seria, por si só, indicativa de um sistema *misto*; outros, com mais propriedade, apontam determinados poderes atribuídos aos juízes no Código de Processo Penal como a justificativa da conceituação antes mencionada (NUCCI, 2005, p. 101).

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema *processual* há de limitar-se ao exame do *processo*, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é *processo*, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.

De outra parte, somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, e, mais ainda, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro.

A atuação judicial na fase de inquérito há de ser para fins exclusivos de tutela das liberdades públicas.

É por essa razão que sempre sustentamos a impossibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* na fase de investigação (item 11.7.4), embora a aceitemos *no decorrer* da ação penal (o atual Código de Processo Penal, porém, veda a

decretação de ofício até mesmo durante a ação!). É que, como o principal requisito para qualquer prisão cautelar é o da existência de indícios veementes de autoria e materialidade, deve-se reservar referida valoração (jurídico-penal) apenas para a fase de *jurisdição*, salvo provocação dos interessados, na mesma linha da proteção das liberdades públicas.

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, caminhou exatamente nesse sentido, ao permitir ao juiz, de ofício, na fase de processo – jamais na de investigação –, a imposição de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, podendo, inclusive, substituí-las ou, em último caso, decretar a preventiva. Entretanto, a Lei 13.964/19 deu um passo *além*, ao vedar *em todas as hipóteses* a imposição de cautelares (e também a decretação de prisão preventiva) de ofício, ou seja, *inclusive durante a fase processual* (art. 282, §§ 2º e 4º, CPP). No ponto, visualizamos certo *exagero*, embora a opção legislativa seja perfeitamente válida e até compreensível. Mais considerações sobre esta alteração serão feitas no Capítulo 11.

A exceção, como veremos, será na fase do art. 310, II, CPP, quando, após e pelo exame do auto de prisão em flagrante, se puder concluir pela *necessidade da prisão para garantia da ordem pública*, conforme veremos a seu tempo.

É que, em tal situação, não se pode compreender a decretação da medida cautelar como de interesse *exclusivo* da parte. Observe-se que em matéria penal não se disponibiliza a nenhum órgão do Estado a exclusividade na identificação do interesse público. Sendo *pública* a ação penal, o Ministério Público deve submeter a questão ao Judiciário, desde que convencido da existência do crime e da presença das condições da ação e pressupostos processuais.

E mais: ainda que o Ministério Público, em alegações finais, requeira a absolvição do acusado (art. 385, CPP), o juiz pode proferir sentença condenatória. Eis aqui regra expressa quanto à não exclusividade da imposição de resposta penal em mãos *do autor da ação*, no horizonte de um Direito Penal de *ultima ratio*, destinado à proteção de direitos fundamentais. A opção de nossa legislação foi a adoção do princípio da *obrigatoriedade* ou da *legalidade*, segundo o qual o Ministério Público deve agir movido pela *objetividade* (critérios da Lei). Pudesse ele

retirar a acusação – se manifestando pela absolvição – não se conteria o juízo de *discricionariedade*, com violação ao modelo escolhido (da *obrigatoriedade* da ação).

Convém insistir que o inquérito policial, bem como quaisquer peças de informação acerca da existência de delitos, destina-se exclusivamente ao órgão da acusação, não se podendo aceitar condenações fundadas em provas produzidas unicamente na fase de investigação. A violação ao contraditório e à ampla defesa seria manifesta. As exceções ocorrem em relação às chamadas provas *irrepetíveis*, necessariamente realizadas na fase de investigação e de (materialmente) impossível reprodução e repetição no processo.

Por certo que nosso modelo não se equipara ao sistema *adversary*, ou de *partes*, tal como é o modelo estadunidense, em que o juiz se afasta completamente de quaisquer funções probatórias, limitando-se ao controle de legalidade na instrução judicial. Já o dissemos aqui e repetimos: tal modelo parece-nos *medieval*, tomando como premissa legitimadora uma suposta igualdade de partes. Essa igualdade, ainda que abstratamente comprovada, não pode justificar uma decisão condenatória fundada em uma insuficiência da defesa. Igualdade processual, abstrata ou concreta, justifica um processo de partes *exclusivamente em matéria não penal*, no bojo do qual se discute a titularidade de *direitos subjetivos*. Em processo penal, jamais.

De todo modo, e, sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos por que abdicar de um conceito *acusatório* de processo penal na atual ordem constitucional.

Além disso, o fato de ainda existirem juízes criminais que ignoram as exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro *misto*. Com efeito, não é porque o inquérito policial acompanha a denúncia e segue anexado à ação penal que se pode concluir pela violação da imparcialidade do julgador ou pela violação ao devido processo legal. É para isso que se exige, também, que toda decisão judicial seja *necessariamente fundamentada* (art. 93, IX, CF). Decisão sem fundamentação *racional* ou com fundamento em prova constante

unicamente do inquérito é radicalmente nula. E é, segundo nos parece, o quanto basta. É por isso, aliás, que não somos tributários de quaisquer homenagens ao Tribunal do Júri, no qual se decide por íntima convicção. De todo modo, a Constituição da República lhe dá guarida (art. 5º, XXXVIII), e como garantia individual.

A chegada do atual Código de Processo Civil prenunciou a correta fundamentação que deve estruturar uma sentença (ou melhor, qualquer decisão). Já havia doutrina (Rogerio Schietti Cruz, em excelente artigo chamado "Dever de motivação das decisões judiciais no atual Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal". In: DIDIER JR., Fredie (coord.)*Repercussões do novo CPC*. vol. 13) das mais respeitadas pugnando pela aplicabilidade do contido no art. 489, § 1º, daquele diploma ao processo penal, e a ela fazíamos coro (ainda que com algumas considerações).

A legislação processual penal foi reformada em 2019 pela Lei nº 13.964, e passou a adotar o mesmo texto do diploma processual civil, sedimentando de vez a questão. Já julgávamos ser de bom tom seguir a orientação do art. 489, § 1º, do CPC mesmo antes da nova Lei 13.964/19, posto que mais condizente com a segurança e qualidade jurídica que se espera dos magistrados, e agora felizmente este entendimento está amparado em lei.

CAPÍTULO 2

Leis e Processo Penal no Tempo e no Espaço

Se a interpretação de princípios constitucionais demanda grandes esforços no campo da hermenêutica, sobretudo em razão das exigências de acomodação de inúmeros e distintos interesses de uma sociedade cada vez mais plural e complexa, as normas atinentes à legislação processual penal oferecem espaço muito mais reduzido de conflitos.

Algumas alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, ora a esclarecer critérios a serem adotados em relação ao grau de positividade de normas previstas em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ora a impor, ao nível constitucional, a submissão do Brasil às jurisdições internacionais, aliadas aos possíveis proveitos didáticos que podem ser obtidos a partir da separação temática da matéria, justificam uma abordagem mais detida da matéria.

2.1 Tratados e convenções internacionais

A primeira questão está posta no atual § 3º, do art. 5º, da Constituição da República, com a redação dada pela citada EC nº 45, a dispor que "*os tratados e*

convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Aludida norma, com efeito, presta-se a resolver antigo debate no âmbito do Direito Internacional, mais precisamente acerca da *qualidade normativa* dos comandos previstos em tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil.

Como se sabe, malgrado o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, que permite a inclusão de novas garantias e direitos individuais assegurados em instrumentos normativos internacionais, como a sugerir que tais *novos* direitos seriam encampados pela ordem constitucional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permanecia acanhada em relação à matéria, conferindo às normas de Direito Internacional o *status* de lei federal (ver, sobre o tema, GALINDO, 2002, p. 174 e seguintes).

Todavia, a argumentação atinente à necessidade de se reservar tratamento distinto, pelo menos em relação às normas de Direito Internacional que cuidassem de matéria atinente aos direitos humanos – que, segundo seus autores, entre os quais Antônio Augusto Cançado Trindade (2002, p. 182), seriam merecedoras de tratamento em nível *constitucional* –, parece ter surtido efeito em tempos recentes, alterando o posicionamento da Suprema Corte para se reconhecer *status* "*supralegal*" (ainda que somente a estas normas, relativas a direitos humanos). Quanto às demais, manteve-se o entendimento de que os tratados deveriam submeter-se às regras do conflito temporal de normas, pelo princípio *cronológico* (*lex posterior derrogat priori*, ou lei posterior revoga a anterior), e também pelo princípio da *especialidade*, segundo o qual a lei especial não revoga a geral, e vice-versa.

Nesse sentido, o alinhamento da citada norma constitucional (art. 5º, § 3º) à *principiologia* da Carta da República de 1988 (proteção dos direitos fundamentais, da dignidade humana, no âmbito de um Estado Democrático de Direito), embora tenha o mérito de explicitar a opção nacional pela aplicação das normas internacionais, não deixa de estabelecer um *condicionamento* altamente significativo. É dizer: "*quando aprovados, em dois turnos, por ambas as Casas do Congresso, os tratados e convenções sobre direitos humanos passarão a ter o tratamento de emendas*

constitucionais". Do contrário – argumento *a contrario sensu* – não. Ao que parece, então, permanecerá a antiga jurisprudência do STF, em relação às outras modalidades de tratados internacionais, isto é, que não tenham por objeto matéria acerca dos *direitos humanos*.

Mas que se advirta: normalmente, no que tange às questões penais, e daí àquelas processuais penais, sempre se tangenciará, no mínimo, o tema dos direitos humanos.

De todo modo, no campo da interpretação que estamos cuidando, importa apenas lembrar que a adesão às normas internacionais firmadas em tratados e convenções internacionais, subscritas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil (por meio de Decreto Legislativo e Decreto do Executivo), implicará a adoção de regras processuais penais eventualmente ali previstas. Por exemplo: a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis (Decreto Legislativo nº 4/89, promulgado pelo Decreto nº 40/91), estabelecendo a *obrigatoriedade da punição pelo Estado* (exigência de persecução penal), bem como a *indenização* às vítimas.

Lembre-se, ainda, das estipulações do Pacto de San José da Costa Rica, relativas ao processo penal, aplicadas no Brasil desde 1992 (Decreto nº 678), muitas das quais já também objeto de legislação interna posteriormente.

2.2 A jurisdição dos tribunais penais internacionais

A segunda e relevante questão diz respeito ao que se encontra disposto no art. 5º, § 4º, também incluído pela citada EC nº 45. Afirma-se nele que "*o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*".

Pois bem.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, foi objeto de ratificação e promulgação pelo e no Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e do Decreto do Executivo nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

A competência do TPI é disciplinada no art. 5º do Estatuto: crime de genocídio crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Referido órgão é composto de 18 juízes, escolhidos pelos Estados-partes, que devem ter formação em direito penal e processual penal ou em direito internacional humanitário, além de outros requisitos descritos no art. 39 do Estatuto. O Tribunal reconhece os princípios da legalidade (art. 22), das penas (art. 23), da irretroatividade (art. 24) e a impossibilidade de julgamento à revelia (art. 63).

Embora expressa a admissão da jurisdição do Tribunal Penal Internacional de Roma, impende observar que a aludida sujeição *é subsidiária*, tanto no que se refere a processos já julgados no Brasil quanto a processos em andamento. E mesmo se instaurado procedimento no TPI, o Brasil não estará impedido de adotar as mesmas providências. No particular, veja-se o disposto no *preâmbulo* do Estatuto: "*Enfatizando que o Tribunal Penal Internacional estabelecido por meio do presente Estatuto deverá ser complementar às jurisdições penais nacionais*" (§ 10); também os dispositivos alinhados no art. 17, item 1, *a, b, c*, com as ressalvas do item 3 (colapso total do sistema judiciário local e incapacidade objetiva da punição); e, por fim, o art. 18, item 2, do Estatuto.

"Artigo 17 – Questões Relativas à Admissibilidade.

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:

a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;

b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;

c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;

[...]

Artigo 18.

[...]

2. [...]

[...] A requerimento de tal Estado (o da jurisdição originária), o Promotor (do TPI) se absterá de sua competência

em favor do Estado em relação à investigação sobre os indivíduos antes mencionados, a menos que a Câmara de Questões Preliminares decida, a pedido do Promotor, autorizar a investigação."

Todavia, nos termos do art. 20 do citado Estatuto e segundo a boa doutrina, "*quando o julgamento local tiver sido realizado (com o objetivo de assegurar) a impunidade dos autores de crimes contra os direitos humanos, ou mesmo quando a investigação e o processamento destes acusados estiver sendo feito com delongas inaceitáveis*" (RAMOS, 2000, p. 275), a jurisdição do Tribunal Penal Internacional se fará impositiva.

Nesse sentido, esclarece Sylvia Steiner:

"O Tribunal Penal Internacional rege-se pelo princípio da complementaridade. Não antecede, nem tem primazia sobre os sistemas judiciais internos. Ao contrário, para exercer sua jurisdição exige-se sejam reconhecidos uma série de requisitos atinentes à admissibilidade, orientados especialmente na questão referente à capacidade ou vontade de um Estado em exercer sua jurisdição primária. Assim é que vem expressa a previsão do exercício de sua competência sempre que um Estado não esteja disposto a levar a cabo a investigação dos fatos, ou não possa fazê-lo. Prevê-se, ainda, a hipótese em que esteja em curso procedimento interno, mas conduzido de forma a demonstrar que tal procedimento seja incompatível com uma real intenção de apurar responsabilidades (artigo 17)" (Disponível em: <www.esmpu.gov.br>).

Ora, em que pesem os termos dos citados dispositivos, percebe-se que a maioria das hipóteses de *imposição da jurisdição do TPI* é por demais vaga, ou de difícil demonstração. Como provar que o Estado-parte *não está disposto a levar a cabo a investigação ou o processo*? Como apurar *a intenção* do Estado-parte em *não responsabilizar* os autores do crime? Aqui, o risco de se encaminhar a questão para o campo da soberania da jurisdição nacional é de altíssimo grau. Afinal, se a jurisdição internacional é *subsidiária e complementar* (segundo o preâmbulo do Estatuto), não caberia ao Estado de origem, em última instância, decidir acerca de tal subsidiariedade?

Outra questão, igualmente relevante, é a *entrega de indivíduos* pelos Estados-partes, conforme previsão do Estatuto de Roma (art. 89). Não haveria óbice a esta medida pelo fato de a Constituição brasileira vedar a *extradição* de nacionais (nato, como regra, e naturalizado, com exceções. Vale lembrar que na Extradição 1.462, julgada em 20.03.2017, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal autorizou a

extradição de uma brasileira nata! Entendeu-se, no caso, que ela havia perdido a nacionalidade brasileira ao se naturalizar americana), nos termos do art. 5º, LI, e da Lei nº 13.445/2017? A se julgar pelas disposições do próprio Estatuto, a resposta seria negativa, já que nele se faz expressa distinção entre a *extradição* e a *entrega* (*surrender*), consoante art. 102.

Essa distinção é perfeitamente aceitável, tendo em vista o compromisso do Brasil com a proteção efetiva aos direitos humanos (art. 4º, II, art. 5º, § 4º, todos da CF, e art. 7º, ADCT).

André de Carvalho Ramos (2000, p. 270) anota, ainda, que não haveria óbice constitucional, na medida em que a extradição implica a entrega de nacionais *a Estados soberanos*, enquanto a medida prevista no art. 89 do TPI determina a entrega a um *organismo internacional*, cuja normatização é aceita pelo país. Estamos de acordo, sobretudo em relação ao fato de se estar entregando um nacional *não a outro Estado*, mas a uma *organização internacional*, de quem se espera o efetivo cumprimento do devido processo legal (arts. 65, 66, 67, TPI). De se acentuar, mais, que, no caso da *extradição*, não há aceitação prévia das normas jurídicas do Estado solicitante pelo Estado concedente, em face da soberania de ambos. Na *entrega*, ao contrário, além de não se cuidar de outro Estado – mas de organismo internacional –, a normatividade a ser aplicada ao caso concreto há de ser previamente *admitida e aceita* pelo Estado que a realiza (entrega). A diferença entre as situações é sensível.

Há, ainda, outra alternativa, atualmente restrita a um tratado internacional firmado com o Reino dos Países Baixos (Decreto nº 7.906/13), e que constitui a chamada "Transferência de Execução de Pena", na qual um Estado requer a outro que este execute a pena que ele impôs ao condenado que lá se encontra (quando impossível a extradição, por algum dos vários motivos que vedam este instituto em determinadas hipóteses). A rigor, no Código Penal (art. 9º) já se encontra previsão semelhante, ao dispor sobre a homologação de sentenças estrangeiras, mas ali o âmbito é muito mais restrito: limita-se a obrigar o condenado a efeitos *civis* decorrentes da condenação criminal, e a sujeitá-lo a medida de segurança.

De outra parte, e como não poderia deixar de ser, o Estatuto reconhece que, se e

quando for o caso, somente se reconhecerá a afirmação da jurisdição do TPI para fatos praticados após a sua vigência (art. 11).

Estamos vendo, portanto, hipóteses de *não aplicação* da legislação processual penal brasileira para crimes praticados no país, nas restritas situações em que o Estado brasileiro reconhecer a necessidade do exercício da jurisdição penal internacional.

Note-se que o realce que estamos dando em relação ao fato de se tratar de relações internacionais, nas quais o Brasil, por força de adesão, ratificação e promulgação das normas previstas em tratados e convenções, se vê obrigado a zelar pelos compromissos ali assumidos, presta-se também a insinuar a questão atinente à previsão do incidente de *deslocamento* da jurisdição *estadual* para a *federal* (art. 109, § 5º, CF), quando se tratar de graves violações dos direitos humanos, não obstante a jurisdição do Tribunal Penal Internacional limitar-se à apreciação *exclusiva* dos crimes ali definidos, *taxativamente*.

Ficamos, por ora, na simples referência ao tema, deixando uma análise mais aprofundada para a ocasião do exame da competência da Justiça Federal em relação aos crimes previstos em tratados e convenções internacionais.

E, por fim, os crimes que se encontram sob a jurisdição do TPI estão relacionados no art. 5º do mencionado Estatuto de Roma, abrangendo o crime de *genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão*, especificados, respectivamente, nos arts. 6º, 7º, 8º e seguintes.

Todavia, para uma *tipificação normativa* mais adequada das violações então alinhadas, o art. 9º exige a aprovação de dois terços dos membros da assembleia dos Estados-partes, por meio de emendas a serem propostas por qualquer Estado, pelos juízes do tribunal, por maioria absoluta e pelo Promotor.

Obviamente, para que se possa pensar na aplicação da jurisdição do TPI é imperioso que exista *tipificação expressa e taxativa* no ordenamento jurídico do país de origem. Nesse sentido, o STJ decidiu (REsp 1.798.903-RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, publicado em 30/10/2019) que é necessária a edição de *lei* para a tipificação do crime contra a humanidade previsto no Estatuto de

Roma, mesmo já tendo sido internalizado o Tratado.

2.3 Leis processuais no espaço e no tempo

Como não poderia ser de outro modo, nossa legislação processual penal não se resume ao Código de 1941.

Assim, a referência contida no art. 1º do CPP é de uma obviedade que dispensa maiores considerações. De outro lado, há casos em que as disposições do Código, tal como ocorre, por exemplo, com o contido no inciso II do mesmo dispositivo, em relação às prerrogativas constitucionais de certas autoridades do Poder Público, não tem mais aplicabilidade, posto que a matéria se encontra já inteiramente regulada na Constituição Federal.

O processo penal brasileiro estrutura-se, então, a partir da Constituição da República, adotando também as normas previstas em tratados e convenções internacionais, bem como, ao lado destas, as normas de origem interna, isto é, a legislação infraconstitucional.

A distinção quanto à sua aplicabilidade, em geral, é feita relativamente à legislação *codificada* (ou seja, o CPP) e à legislação *não codificada*, integrada pela totalidade de leis processuais não incluídas no nosso Código de Processo Penal.

Quanto ao mais, pode-se distinguir a aplicabilidade do Código de Processo Penal também com referência ao conteúdo do direito material, penal, que estará veiculado no processo.

Assim, o Código de Processo Penal não se aplicará, senão subsidiariamente, e quando possível, ao Direito Penal militar e às infrações *políticas*, também conhecidas como crimes de *responsabilidade*. Para essas matérias há legislação específica, em atenção à especificidade da jurisdição: na primeira, atua a jurisdição *militar*; na segunda, a jurisdição *política*. Aliás, veremos no item 5.5.1 que os chamados crimes de responsabilidade nem sequer poderiam ser tratados como *crimes*, ao contrário do que ainda afirma, atualmente, a maioria dos membros da Suprema Corte.

No que diz respeito à questão das leis no *espaço*, trata-se também de matéria constitucional, ligada à soberania dos Estados.

Especificamente em relação às leis *processuais*, nenhuma dificuldade: aplica-se, por óbvio, o princípio da *territorialidade*. As hipóteses de *extraterritorialidade* constituem matéria de Direito Penal, conforme previsto no art. 7º de nosso Código Penal. Nele são previstos os casos em que a lei *penal* ultrapassará os limites de nosso território para atingir determinadas pessoas e condutas praticadas no estrangeiro. Mas, do ponto de vista do *processo penal*, não há qualquer complexidade. *Processo* é instrumento (ou acesso a) da jurisdição. Assim, somente se aplica o nosso processo penal em sede da jurisdição *brasileira*.

Quanto à definição de território, costuma-se fazer a distinção entre território *em sentido estrito* e território *por extensão*. No primeiro caso, temos o solo, o subsolo, as águas interiores, o mar territorial, a plataforma continental e o espaço aéreo acima de seu território e seu mar territorial (Leis nºs 7.565/86 e 8.617/93).

No segundo caso, incluem-se as embarcações e as aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, em qualquer lugar em que estiverem, bem como as embarcações e as aeronaves brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que estejam em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente (art. 5º, § 1º, CP).

Já no que se refere às leis processuais no *tempo*, segue-se a regra de toda legislação processual: aplicam-se *de imediato*, desde a sua vigência, respeitando, porém, a validade dos atos realizados sob o império da legislação anterior.

Por atos *já praticados* deve-se entender também os respectivos *efeitos e/ou consequências jurídicas*. Por exemplo: sentenciado o processo e em curso o prazo recursal, a nova lei processual que alterar o aludido prazo *não será* aplicada, respeitando-se *os efeitos preclusivos* da sentença tal como previstos na época de sua prolação.

Questão de importância ainda remanescente diz respeito à modificação trazida com a Lei nº 11.689/08, que, alterando o procedimento do Tribunal do Júri, fez

desaparecer, por revogação expressa, o antigo *protesto por novo júri* (arts. 607 e 608, CPP). Uma vez vigente a nova regra, qual seria o marco de sua aplicação? A decisão condenatória, por força da aplicação imediata das novas regras processuais, ou a data do fato praticado?

Uma leitura pautada essencialmente na perspectiva da afirmação das garantias processuais do acusado responderá que a modificação – extinção de uma modalidade de recurso – implicaria diminuição das garantias recursais, de tal modo que haveria violação, ou à ampla defesa, ou a suposto direito adquirido do agente da infração. Assim, por essa interpretação, a nova regra somente seria aplicável aos fatos praticados a partir de sua vigência.

Pensamos, contudo, que a questão não pode ser colocada nesses termos. Evidentemente que a possibilidade, em abstrato, de outra via recursal em favor do acusado amplia o seu leque defensivo. No entanto, não se pode afirmar que a eventual supressão de uma modalidade de recurso implique violação ao princípio constitucional da ampla defesa. Fosse assim, a legislação processual estaria condenada ao engessamento e à fossilização, e, pior ainda, vinculada a um padrão de procedimento estabelecido justamente em um mesmo instrumento normativo, isto é, *a lei anterior*, que não pode ser considerada superior *àquela* que pretender alterá-la. E, sabe-se, leis *revogam* leis!

Então, em linha de princípio, pode haver alterações procedimentais, incluindo e alcançando a matéria recursal, desde que garantida a possibilidade de revisão do julgado em outra instância.

Restaria, então, examinar a matéria sob o aspecto de possível ou suposta violação a direito adquirido (direito ao recurso de protesto por novo júri).

E aqui, pensamos que a tese tem ainda menos sustentação. A irretroatividade da lei penal tem fundamentação absolutamente distinta daquela atinente à legislação processual penal. Na primeira (lei penal), parte-se da ideia de que o agente do crime, ao praticar a infração, poderia avaliar as consequências de sua ação no campo jurídico, de tal maneira que a pena, eventualmente aplicada a ele, pudesse ser entendida como o *custo* correspondente ao *benefício* alcançado (ou tentado). De todo

modo, já que a Lei presume o conhecimento dela (consciência da ilicitude), há de se presumir que a pena se encontre também nas cogitações do autor do fato delituoso. Por isso, uma vez praticado o crime, não se pode alterar a punição.

Não se pode perder de vista que a *irretroatividade* de qualquer norma jurídica tem em vista o marco temporal de sua regulação. De outro modo: a norma penal não pode *retroagir* porque o *fato regulado* por ela teria sido realizado sob *outra regulação*, sobretudo no que se refere à *matéria proibida*, como ocorre no âmbito do Direito Penal.

Assim, ao tempo do crime, a norma *proibitiva*, a todos endereçada, exigia conhecimento de todos os seus termos e de suas consequências, já que *não se pode alegar o desconhecimento da lei para a sua inobservância*, princípio geral do Direito, sem o qual, guardadas as particularidades de cada ramo (disciplina) do ordenamento, não haveria como se pensar na *exigibilidade e coercibilidade das normas jurídicas*. Normas *proibitivas*, portanto, emanam comunicações de comportamentos, nos estritos termos de suas disposições.

O mesmo não ocorre, porém, em relação ao procedimento criminal. As garantias individuais dizem respeito ao direito de participação e ao direito a uma decisão que seja fruto de amplo conhecimento judicial, por autoridade materialmente competente, e por meio de procedimento adequado à apuração dos fatos. Mudanças de prazos recursais, por exemplo, ainda que para diminuí-los, não afetam direitos subjetivos; modificam apenas garantias processuais, aceitáveis se e quando válidas em face do texto constitucional. O tempo do crime não pode determinar maiores ou menores proveitos procedimentais ao respectivo agente. O novo procedimento, se constitucional, deve ser aplicável a qualquer autor, respeitadas apenas as regras atinentes *aos efeitos* de cada ato processual.

As normas processuais não regulam *matéria de fato*, mas regras de *procedimento*, daí por que não têm como pressuposto de aplicação o conhecimento de suas disposições, ressalvadas, é claro, as garantias constitucionais do devido processo legal. E a ressalva das citadas garantias não se faz pela natureza normativa (constitucional) de seus propósitos, mas em razão dos respectivos conteúdos. Assim,

a ampla defesa e o contraditório, por exemplo, são exigências do próprio *conhecimento* do objeto do processo, impondo-se como pressuposto de legitimação de qualquer provimento judicial. Sem eles, ou, melhor, sem a sua observância, o conhecimento judicial estará irremediavelmente comprometido. Tal não se dá, porém, com as regras exclusivamente *procedimentais*.

Assim, pensamos que o marco de aplicação da nova disposição do júri – fim do protesto por novo júri – é a decisão condenatória ali proferida. Se prolatada antes da nova legislação (Lei nº 11.689/08), deve ser aceito o recurso de protesto por novo júri. Se a condenação for posterior, aplica-se imediatamente a nova regra processual. É nesse sentido, ao menos quanto à fundamentação, decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.094.482/ RJ, Rel. Laurita Vaz, 5ª Turma,*DJ* 13.11.2009.

E na hipótese de uma lei posterior passar a exigir *representação* do ofendido para uma ação penal pública, quando já houve denúncia? No HC 573.093-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, publicado em 18.06.2020, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a alteração promovida pela Lei 13.964/19 em relação ao crime de estelionato (que passou a ser de ação pública condicionada à representação) não poderia retroagir para processos nos quais a denúncia já havia sido oferecida. Com efeito, o oferecimento da denúncia constitui ato *perfeito*, ante a inexigência de representação à época, não restando cabível nenhuma hipótese de retroação.

Por outro lado, a mesma Corte (mas outra Turma!) entendeu que a nova lei seria mais benéfica, e por isso deveria retroagir para os processos que ainda não tivessem transitado em julgado (HC 583.837-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, publicado em 12.08.2020). O equívoco é patente, tanto pela incabível *analogia* com dispositivo da Lei 9.099/95 (art. 91, que determina a intimação do ofendido para oferecer a representação de forma "retroativa", sob pena de decadência) – ora, em se tratando de norma posterior, o silêncio do legislador deve ser compreendido como *eloquente*, sobretudo pelo fato de a Lei 9.099/95 restringir *expressamente* a regra em questão aos casos nela previstos –, como pela confusão conceitual. A representação nada tem que ver com a ação penal, e diz respeito apenas à manifestação da vontade para a

exposição do fato pelos órgãos da persecução penal. Se já foi oferecida a denúncia, não há mais razão para consultar a vítima.

Outra questão: a Lei nº 12.015/09 tornou de ação penal pública os crimes contra a dignidade sexual (e a Lei nº 13.718/18, por sua vez, fixou a *incondicionalidade* para todas as hipóteses), nos termos do art. 213 e seguintes do Código Penal.

Antes de qualquer exame mais aprofundado, no âmbito do direito intertemporal, é de se observar que a nova regra, por primeiro, somente se aplicará aos fatos *ainda não ajuizados*, evidentemente. Uma vez proposta a ação penal – privada ou pública – estará *exercido* o correspondente direito (de ação). Note-se que a questão relativa à legitimidade de parte diz respeito ao direito *de ação*, cujo exercício se dá no momento da propositura da ação. Feito isso, não há como se pretender a alteração no polo ativo da demanda.

De início, assentamos que o problema aqui não se localiza e nem se resolve pela conhecida *máxima* (no sentido de *axioma*) : *normas processuais se aplicam de imediato*. Não é tão simples a questão, até porque, também se sabe, a aplicação imediata das citadas normas (processuais) não pode atingir *direitos adquiridos*.

Do ponto de vista exclusivamente processual, então, tem-se que se discutir se haveria ou não direito adquirido também no âmbito da *ação* penal.

A nosso aviso, também o *direito de ação* constitui *direito subjetivo*, cujo exercício há de ser preservado na regra do art. 5º, XXXVI, CF, que tem os seguintes termos: "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*". E o *direito, subjetivo ou não*, se *adquire* a partir do momento em que o seu exercício não esteja condicionado a nenhuma circunstância ou dependente da ação de terceiros. Cumpre esclarecer que não estamos sustentando qualquer direito adquirido à prescrição da ação, tese já rejeitada em vários julgados de nossos tribunais. Sustenta-se aqui, na verdade, tese contrária: a aquisição *do direito de ação*, ainda que não exercido. Alterar a legitimidade para a ação é retirar o aludido direito.

Assim, nessa ordem de ideias, desde que o ofendido tenha efetivo conhecimento da autoria do delito (condicionamento do art. 38, CPP), ou seja, desde que já possa exercer o *direito de ação*, no prazo decadencial de seis meses, *não poderá a Lei nº*

12.015/09 afastar a sua legitimidade.

Já do ponto de vista do Direito Penal, e, assim, compreendendo a matéria como de direito *material*, impõe-se a análise da ocorrência ou não do prazo decadencial para o oferecimento da queixa. É que a decadência é causa extintiva da punibilidade, e nesse sentido, configura uma vantagem normativa para o autor do fato, apta a exigir *irretroatividade*.

Com isso, e porque a nova regra, da ação penal pública, *diminui sensivelmente* o prazo extintivo da punibilidade dos apontados delitos, na medida em que, substituindo a decadência pela prescrição, coloca o agente em situação nitidamente *desfavorável*, parece irrecusável concluir-se pela *irretroatividade* da Lei nº 12.015/09, para aqueles fatos praticados *antes de sua vigência*, data de sua publicação. Decadência e prescrição são hipóteses de *extinção da punibilidade*, de conteúdo evidentemente penal.

Consulte-se sobre o tema Claus Roxin, em lição em tudo aplicável à Lei nº 12.015/09 (*Derecho penal – parte general – fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, t. I, p. 165):

"Así, frente a lo que sostienen jurispr (RGSt 77, 106 s), hay que considerar inadmisible la supresión posterior de requisito de querella, pues em los delitos privados el ius puniendi estatal depende de la necesidad de satisfacción del ofendido, em cuya ausencia puede confiar con razón em mucho casos el autor. Si si suprime retroactivamente la exigencia de querella y se castiga sin que se haya interpuesto la misma, com ello se estará creando a posteriori um derecho del Estado a castigar, y esto es precisamente lo que el art. 103, II pretende impedir. "[1]

De outro lado, e de volta às questões genéricas de direito intertemporal, tratando-se de normas de conteúdo misto, contendo disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, deve-se seguir o conteúdo normativo das primeiras. É que a regra da *irretroatividade* da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual. Se, porém, for mais favorável, pode-se aplicar a lei desde logo.

Nos casos de leis de conteúdo *misto*, o que não poderá ocorrer é a *separação* entre uma e outra, do que resultaria, na verdade, como que uma *terceira* legislação.

Se houver dúvidas quanto ao alcance da legislação penal, no que se refere à sua *benignidade* em face do acusado, deve-se rejeitar a sua aplicação imediata. Isso porque nem sempre a lei é *inteiramente* ou *integralmente* favorável, contendo disposições que beneficiam e outras que desfavorecem o réu. Assim, impõe-se ao intérprete cautelas redobradas. A regra, porém, é a impossibilidade de fragmentação normativa, isto é, do aproveitamento da regra mais favorável da lei posterior e de parte da legislação anterior. A exceção ficaria por conta de normas atinentes às chamadas *causas extintivas da punibilidade* – por exemplo, a prescrição. Essas, porque portadoras de *mensagens* – juízos legislativos – de ausência de interesse punitivo, devem ser sempre aplicadas.

Por fim, algumas observações derradeiras acerca do art. 3º do CPP, no qual se prevê a possibilidade de aplicação de interpretação *extensiva, analógica* e da analogia. Todas essas modalidades de interpretação situam-se no processo de *autointegração* das leis e do Direito, diante da necessidade de solução do caso concreto submetido à jurisdição.

Trata-se, em essência, da aplicação da velha hermenêutica, o que não impede a modernidade de sua leitura. Dizemos *velha* hermenêutica apenas para nos referirmos aos processos clássicos da definição do sentido das leis, sem qualquer demérito a nenhum dos métodos tradicionais (*gramatical, teleológico, sistemático etc*.). Mais adiante veremos que o Direito *pós-positivista*, ou, em outros termos, a construção do Direito como superação do modelo denominado *positivista-legalista*, no qual a interpretação é pautada unicamente no processo de *subsunção* de um fato a uma norma, busca novos caminhos para a hermenêutica (interpretação) jurídica.

O que deve ser observado, como regra fundamental, é que, tratando-se de normas *incriminadoras*, ou seja, aquelas que definem o tipo penal, suas qualificadoras ou causas de aumento da pena, ou, ainda, que agravem, de alguma maneira, a situação do réu, nunca se poderá falar em aplicação da analogia ou de qualquer processo extensivo de interpretação, a não ser quando a própria lei se valer de tais recursos, em razão da dificuldade de se prever uma definição casuística definitiva. É o que ocorre na utilização, na lei, de expressões como *e outro meio qualquer, de qualquer*

maneira etc.

Se, contudo, a interpretação recair sobre normas de conteúdo *não incriminador*, aí sim, será possível falar-se em *autointegração* do Direito.

Segundo uma classificação mais corrente na doutrina, considera-se interpretação *extensiva* aquela em que seja necessária a ampliação do sentido da lei. O processo é simples e de lógica dedutiva: por homem deve-se também entender a mulher, se não incriminadora a norma.

Interpretação *analógica* seria aquela em que a própria lei pede o socorro de situações/ objetos/ações equivalentes: ... *por qualquer outro meio*, ou ... *quaisquer outros elementos* etc.

Por fim, a analogia, recurso hermenêutico dos mais tradicionais, tem aplicação diante da insuficiência da casuística legal para a solução de determinada situação concreta. O que se pede e o que se aplica com a analogia é o *conteúdo* integral de uma norma, instituída, originariamente, para regular *outra* hipótese da realidade. "Onde a mesma *razão de fato*, o mesmo *direito*", dizia o velho brocardo.

Algumas observações se impõem.

Em primeiro lugar, as distinções entre interpretação analógica e analogia têm algo de arbitrário. Primeiro, porque o conceito de *analogia* está ligado à questão da *incompletude* do ordenamento jurídico, isto é, à ausência de regulação específica de determinada hipótese da realidade.

Assim, quando se fala em interpretação *por* analogia, já se está falando em interpretação *analógica*. E, com efeito, já se está utilizando a aplicação de uma norma prevista para regular situação *diversa*, para resolver situação *semelhante*, não regulada.

Ao contrário, no processo de interpretação *extensiva*, a operação que se realiza localiza-se no âmbito da *mesma* norma, cuja eficácia é *ampliada*. Não se reclama, pois, a atuação de uma *outra* norma, mas da *extensão* do sentido daquela utilizada para resolver hipóteses semelhantes, ou *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris* (mesma razão, mesmo direito), isto é, a mesma *ratio legis*.

Concluindo: quando a doutrina se utiliza do conceito de interpretação analógica para ampliar o espaço normativo de uma mesma norma, ela está aplicando a interpretação *extensiva*. Interpretação analógica, rigorosamente falando, é o raciocínio por analogia, com a aplicação de *nova norma*.

Norberto Bobbio, além de não fazer qualquer distinção entre interpretação analógica e analogia, aponta como único critério distintivo entre esta (analogia) e a interpretação extensiva o fato da *criação* de uma nova norma jurídica na interpretação por analogia ou analógica. Afirma ele que o "*único critério aceitável seja aquele que busca colher a diferença com respeito aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma para casos não previstos por esta*" (BOBBIO, 1982, p. 155).

Todas essas questões estão inseridas no processo de *integração* do ordenamento jurídico. Essa, conforme terminologia de Carnelutti, pode ser feita pelo próprio ordenamento, quando haverá *autointegração*, ou por meio de elementos externos (outros ordenamentos, outras fontes do Direito, como o costume etc.), quando se falará em *heterointegração*.

Como se observa, tanto a interpretação extensiva quanto o recurso à analogia, e, ainda, para aqueles que a sustentam, a interpretação analógica, são processos de *autointegração* do Direito, por se referirem a soluções previstas no próprio ordenamento.

---

[1] "Assim, em que pese o que sustenta a jurisprudência (RGSt 77, 106 s), deve ser considerada inadmissível a supressão posterior do requisito da queixa, pois nos conflitos privados o 'jus puniendi' do estado depende da necessidade de satisfação do ofendido, em cuja ausência pode confiar o autor, em muitos casos. Se se suprime retroativamente a exigência da queixa e se castiga sem que ela tenha sido formalizada, estaria sendo criado a posteriori o direito do Estado a castigar, e isto é justamente o

que o art.103, II pretende impedir” – tradução livre.

CAPÍTULO 3

Sistema dos Direitos e Princípios Fundamentais

3.1 Estado Democrático de Direito e postulados de interpretação

A definição de um modelo de Estado Democrático de Direito depende sempre da perspectiva adotada. A ênfase pode ser dirigida tanto aos aspectos de uma definição prioritariamente ao nível de uma filosofia política, quanto, de outro lado, mais conectada à dogmática do Direito Constitucional, à configuração normativa da ordem estatal, no aspecto político, social, econômico e, enfim, da atribuição de poderes e competências públicas e privadas.

Há, ainda, modelos de definição do Estado Democrático de Direito que se reportam também, e ainda mais especificamente, a uma Filosofia Política (do Estado) fundamentalmente desatrelada daqueles referenciais valorativos prévios, que, em geral, são utilizados em uma leitura *material* da Constituição (*material*, no sentido de vincular a produção normativa aos valores – bens jurídicos, metas sociais e políticas etc. – consagrados no texto).

Nessa perspectiva, tais modelos se localizariam no âmbito de uma *teoria discursiva do direito*, normalmente assentada na obtenção de legitimidade do ordenamento e do Direito pelo próprio procedimento. Isso seria possível com a

ampliação dos espaços deliberativos (esferas públicas e privadas), na formação de um consenso produzido discursivamente, *na e por meio da* seleção dos melhores argumentos, de modo a permitir a participação dos cidadãos na definição do sentido das normas jurídicas e do próprio caráter vinculante do Direito estatal.

A Constituição, então, seria, formalmente, o referencial adequado e necessário para o controle de validade da produção legislativa. Nessa perspectiva, o alemão Jürgen Habermas, ora pouco, ora excessivamente interpretado, tem recebido a maior atenção das academias brasileiras de Direito. Como se vê, teoricamente ao menos, não há fronteiras da realidade que impeçam a evolução (ou não) do pensamento nacional.

Nesse nosso *Curso de processo penal*, porém, parece-nos suficiente o registro dessa ampla movimentação teórica, deixando ao leitor a escolha dos caminhos que melhor iluminem a sua compreensão do Direito, sua fundamentação e limites de aplicação.

Nos passos, então, de uma formulação – menos sofisticada, é certo – mais ajustada aos propósitos nacionais, o que inclui e exige uma atenção às deficiências históricas de nosso desenvolvimento, ficamos com a noção de Estado Democrático de Direito orientada pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. E isso não só é possível, como necessário, na medida em que a intervenção penal vem explicitamente admitida no texto constitucional (ver, por exemplo, referência expressa aos crimes de racismo, de tortura, de drogas e entorpecentes, aos crimes hediondos, bem como à garantia processual da ação privada subsidiária da pública, no caso de inércia do Ministério Público – art. 5º, XLII, XLIII, LIX, CF).

Assim, torna-se imperiosa a tarefa de definição de critérios mínimos de interpretação constitucional que leve em consideração a aludida tutela penal, que, a nosso aviso, deve ser dirigida à proteção dos direitos fundamentais, no marco, portanto, de um direito penal de intervenção mínima, necessária à afirmação daqueles

direitos (fundamentais) contra ações especialmente gravosas.

Com isso, dois *postulados* de interpretação constitucional surgem como exigência de uma ordem jurídica constituída no âmbito de um Estado Democrático de Direito, afirmativos dos direitos fundamentais, quais sejam, o da *máxima efetividade dos direitos fundamentais* e o da *proibição de excesso*.

Tais postulados, sistematizados na doutrina alemã como um desdobramento – dupla face – do princípio da *proporcionalidade*, não serão aqui abordados como *princípios*, e, sim, como verdadeiros postulados. A distinção que faremos tem finalidade essencialmente didática. Ao leitor interessado no aprofundamento dessas questões conceituais, recomendamos, por exemplo, o substancioso trabalho de Humberto Ávila, intitulado *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (São Paulo: Malheiros, 2005).

Para nós, então, os *postulados* são abstrações deduzidas do *sistema dos direitos fundamentais* que configuram a base normativa de nosso ordenamento, como métodos de aplicação ou de interpretação das normas jurídicas. Os *postulados*, nesse sentido e por isso mesmo, não vêm explicitados no texto, mas são dele *deduzidos*, logicamente. E, mais, como critério hermenêutico para a efetiva realização do sistema (dos direitos fundamentais). Já os *princípios*, tais como as regras, também jurídicos, estão positivados nos textos constitucionais e legais, ainda que implicitamente, isto é, ainda que assim não denominados de maneira clara e insofismável. Numa palavra, os *postulados* são extraídos do sistema (*contexto* dos direitos fundamentais na Constituição); os princípios, do texto (legal e constitucional).

3.2 Garantismo e intervenção penal

Não é incomum encontrar-se, em doutrina e em jurisprudência, algumas precipitações em relação à definição de um modelo garantista de processo. Normalmente não se atenta para a questão fundamental do garantismo, cuja essência, parece-nos, situa-se ao nível de uma verdadeira epistemologia jurídica, isto é, ao nível da formulação de um tipo específico de conhecimento no âmbito do Direito.

Embora toda e qualquer garantia processual individual se insira no contexto do garantismo, não significa que o seu conceito possa ser resumido a um conjunto de garantias estipuladas em favor do réu no processo penal.

Impulsionado pela obra do italiano Luigi Ferrajoli, já publicada em língua portuguesa (*Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002), o *garantismo penal* oferece sólidos elementos para um arcabouço de filosofia do Direito Penal e do Processo Penal. Partindo do modelo do Estado de Direito, particularmente no que respeita à gestão das relações entre o Poder Público e o particular, Ferrajoli procura estabelecer limites mais ou menos objetivos para a contenção da nascente e crescente liberdade judiciária, do ponto de vista específico do Direito Penal e do Processo Penal.

Como tais disciplinas cuidam de uma intervenção estatal de grandes consequências na liberdade individual, sobretudo no que respeita ao aspecto das penas corporais, próprias do Direito Penal, Ferrajoli se debruça cuidadosamente sobre as principais características do ato jurisdicional, enquanto ato de autoridade pública, dotado de coercibilidade estatal.

Assinala então o autor que, para além da autoridade inerente a qualquer ato do Poder Público, as decisões judiciais em matéria criminal, mais que em quaisquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não mera manifestação de poder (de autoridade). Conhecidas as inúmeras dificuldades de todo conhecimento (afirmação da certeza), a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando fundada em procedimento judicial no qual se permita o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica. Procedimento, então, realizado em contraditório, para que possam os interessados (autor e réu) participar intensamente de todas as questões debatidas, e, mais que isso, em que a atividade defensiva seja a mais ampla possível (daí, e não por outra razão, falar-se em ampla defesa).

Nessa linha de considerações, o risco de condenação de um inocente há de

merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado. Não porque os danos levados ao réu pela pena sejam maiores que aqueles causados à vítima no crime, mas porque toda e qualquer reconstrução da realidade (a prova processual) submete-se à precariedade das regras do conhecimento humano.

Assim, em curtíssimo recorte da síntese do pensamento garantista, em cujo bojo se encontra também ampla fundamentação jusfilosófica acerca das funções e limitações do Direito Penal e também do Processo Penal, fora dos limites de nosso trabalho, enfatiza-se aqui a dualidade *saber/poder, conhecimento/autoridade*, para assinalar que, no fundo, talvez sejamos todos essencialmente garantistas, se e desde que se nos repugne a ideia de condenação (afirmação de certeza judiciária) baseada em convencimento cuja dúvida ainda remanesça no espírito do próprio julgador. *In dubio pro reo*, ou, em bom vernáculo, na dúvida prevalece a incerteza. E, com ela, em um Estado Democrático de Direito, a interpretação pautada pelos postulados da *vedação de excesso* (do poder) e da *máxima efetividade dos direitos fundamentais*, impondo, em tais situações, a não condenação.

O que não significa, de outro lado, que a intervenção penal não esteja contemplada no ambiente garantista. Para além das ponderações de ordem criminológica, mais ajustadas a determinados modelos de sistemas penitenciários e de sistemas punitivos, a Constituição da República, essencialmente garantista, determina a tutela penal dos direitos fundamentais, quando, em diversos momentos e dispositivos, refere-se ao desvalor atribuído a determinadas condutas lesivas (racismo, drogas, terrorismo, tortura etc.) e ao procedimento penal para a aplicação do Direito (ações penais públicas, ações privadas subsidiárias das públicas etc.). Não haverá incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal, no âmbito exclusivo da dogmática penal, quando se puder justificar a condenação criminal pela estrita observância do devido processo penal constitucional, e, de modo mais sensível, ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

Exatamente pela inexistência do dever de motivação da decisão é que jamais vimos com bons olhos a tradicional instituição do Tribunal do Júri. Não nos embaraça, ali, o julgamento pelo leigo, não conhecedor do Direito, mas a absoluta

falta de controle das razões que fundamentaram o juízo condenatório. De todo modo, o mandamento é constitucional (art. 5º, XXXVIII).

3.3 A base ou estrutura principiológica

Então, que o Direito Processual Penal brasileiro não pode mais ser aplicado com base na *estrutura* do ainda vigente Código de Processo Penal parece não haver dúvidas. A Constituição da República, de há muito, lançou novas luzes sobre a matéria.

Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, a atual ordem constitucional não deixa margem a dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como *fundamentais* na ordenação constitucional (arts. 5º, 6º e 7º, CF).

Nesse ponto, vê-se a reafirmação do compromisso democrático e essencialmente protetivo dos direitos do Homem na chamada *Reforma do Judiciário*, veiculada pela Emenda Constitucional nº 45/04, conforme previsão do § 3º do art. 5º da CF, no sentido de serem alçadas ao nível da eficácia constitucional as normas sobre direitos humanos previstas em tratados e convenções internacionais, quando aprovadas por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

Nesse quadro, os princípios fundamentais do processo não podem afastar-se de tal missão. Princípios, então, que se apresentam como normas *fundantes* do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. O Direito Processual Penal, portanto, é, essencialmente, um Direito de fundo *constitucional*.

Entretanto, embora seja possível visualizar os *princípios constitucionais* como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos, deve-se assinalar, ao menos como referência distintiva em relação

à s *regras jurídicas*, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isso ocorre pela maior abstração de seus comandos, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente seguros que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em tema de Direito e de Direito Processual Penal, a realização de um direito individual nem sempre se faz sem o tangenciamento de direito alheio.

Basta ver, por exemplo, o disposto no art. 5º, LIX, da CF, em que se prevê, *como garantia individual fundamental*, a ação penal *privada*, no caso de inércia do Ministério Público. Ora, como justificar a garantia de uma intervenção penal no plano de uma série de outras garantias estipuladas, em regra, em favor dos acusados? Sobre o tema ainda voltaremos no momento e espaço adequados. E, para um exame mais completo e aprofundado da matéria, no qual se cuida de justificar esse aparente paradoxo (garantia de uma intervenção penal *privada* como *garantia* fundamental), remetemos o leitor ao nosso *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais* (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012).

Nesse campo, então, como logo teremos oportunidade de salientar por ocasião do estudo das *medidas cautelares pessoais, incluindo a prisão* e, sobretudo, *das provas*, o recurso aos princípios e/ou postulados da *proporcionalidade*, da *razoabilidade*, ou, enfim, da *adequabilidade*, para análise de seus limites e possibilidades hermenêuticas, poderá enriquecer a leitura dos princípios constitucionais fundamentais. Em determinadas situações, a equação a ser resolvida não poderá limitar-se à tradicional oposição entre *segurança pública* × *liberdade individual*; veremos que a fórmula poderá ser outra: *direitos fundamentais* (dimensão coletiva) × *direitos fundamentais* (dimensão individual). Sobre a extensão da proteção dos direitos fundamentais contra a agressão, não só do Estado, mas de terceiros, consulte-se, dentre outros, Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 11 e seguintes).

Em relação ao processo penal enquanto *sistema jurídico* de aplicação do Direito Penal, estruturado em sólidas bases constitucionais, pode-se adiantar a existência de alguns princípios absolutamente inafastáveis, e, por isso, fundamentais, destinados a cumprir a árdua missão de proteção e tutela dos direitos individuais.

Não nos ocuparemos, por ora, de uma abordagem mais ampla de tais princípios. Aqui, cuidaremos apenas de delinear os traços e os contornos mais relevantes de cada um deles, deixando o seu aprofundamento para a ocasião da contextualização de cada um no respectivo espaço temático.

3.3.1 O justo processo: devido processo legal

3.3.1.1 Juiz natural

O princípio do juiz natural tem origem no Direito anglo-saxão, construído inicialmente com base na ideia da vedação do tribunal de exceção, isto é, a proibição de se instituir ou de se constituir um órgão do Judiciário exclusiva ou casuisticamente para o processo e julgamento de determinada infração penal. Intimamente conectado ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), o princípio do juiz natural exigia que somente um órgão previamente constituído para o processo de crimes, também anteriormente definidos, isto é, antes de seu cometimento, seria competente para o respectivo julgamento.

Não só a garantia do órgão do Judiciário, mas a *pessoa* (natural) do juiz, de modo a impedir modificações arbitrárias às regras da jurisdição.

Posteriormente, por obra do Direito norte-americano, acrescentou-se, na elaboração do princípio, a exigência da regra de competência previamente estabelecida ao fato, fruto, provavelmente, do federalismo adotado desde a formação política daquele Estado.

O Direito brasileiro, adotando o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais. E a razão de tal exigência assenta-se na configuração do nosso modelo constitucional republicano, em que as funções do Poder Público e, particularmente, do Judiciário, têm distribuição extensa e minudente. Em inúmeras ordenações, sobretudo europeias, não se vai muito longe na definição dos órgãos da

jurisdição. Normalmente, deixa-se para o legislador a fixação da competência jurisdicional. Ali, a garantia é a do *juiz legal*, isto é, conforme definido em lei.

Em relação à função jurisdicional penal, o constituinte de 1988 entendeu por bem fixar a competência ora pelo critério de *especialização quanto à matéria*, ora em atenção à relevância de determinadas funções públicas, estabelecendo, assim, *foros privativos* nos tribunais superiores e de segunda instância para o processo e julgamento de ocupantes de cargos públicos de alta significação no contexto político nacional.

Quanto aos foros privativos, a Constituição estabelece competência originária de órgãos colegiados, dos quais se espera, em razão da organização das respectivas carreiras – promoção por merecimento e antiguidade –, uma formação técnica já consolidada, dado o longo exercício da função judicante. E pode ser também justificada pela própria composição colegiada dos tribunais, o que reduziria os riscos de pressões externas sobre um único julgador, tendo em vista o eventual envolvimento político-partidário ou corporativo de tais pessoas.

Nesse ponto, registre-se o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, que tratava da extensão da prerrogativa de foro também para pessoas que não mais ocupavam de determinados cargos e/ou funções públicas, pela extinção do mandato ou por qualquer outra razão (ver item 7.3.5.2). Referida legislação, atentatória ao princípio do *juiz natural*, foi definitivamente afastada da ordem jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2797, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, em 15.9.2005.

E em razão das opções feitas pelo constituinte na tarefa de distribuição da jurisdição, fala-se em competência *ratione materiae*, especializada por matéria, e em competência *ratione personae*, ou, mais corretamente, em razão das funções. A competência *ratione loci* (em razão do lugar) foi delegada para a legislação (infraconstitucional), não se impondo como exigência do *juiz natural*.

Com referência à fixação da competência em razão da matéria, instituiu-se o juiz natural para o processo e julgamento dos crimes de competência da Justiça Federal, da Justiça Estadual, da Justiça Militar – Estadual e Federal – e da Justiça Eleitoral

Também a garantia do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, CF).

Em relação à competência *ratione personae*, são previstos os foros privativos do Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF), do Superior Tribunal de Justiça (art. 105 CF), dos Tribunais Regionais Federais (art. 108, CF) e dos Tribunais de Justiça (art 96, III, CF), para o processo e julgamento de determinadas autoridades em razão da prática de crimes comuns e/ou de responsabilidade. Estamos aqui nos referindo à fixação *expressa* da competência. Naturalmente, há de se incluir, como foro privativo, por prerrogativa de função, a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais, relativamente aos crimes eleitorais. Anote-se, ainda, que, em matéria de competência por prerrogativa de função, os crimes eleitorais recebem também o tratamento de *crimes comuns*, opondo-se, para este fim, unicamente aos crimes de *responsabilidade*.

Veremos, no item 7.3.3.2, a questão relativa à possibilidade de as Constituições Estaduais instituírem foros privativos para as autoridades regionais.

Também é prevista a competência de órgãos jurisdicionais superiores e de segunda instância, bem como de órgãos do poder político – Senado, Assembleias, Câmara de Vereadores –, para o processo e julgamento dos chamados crimes de responsabilidade, competência exercida pela chamada *jurisdição política*.

Em todas essas hipóteses, atendida ainda a exigência de vedação de instituição de qualquer tribunal ou juiz de exceção para o caso, pode-se falar em *juiz natural*, inafastável por legislação infraconstitucional, em razão de estar a distribuição da competência estabelecida na própria Constituição Federal. Da aludida previsão constitucional resultou a revogação ou a não aplicação de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, quando em confronto com as regras definidas nas normas constitucionais pertinentes.

Cumpre registrar aqui a alteração (julgamento realizado em março de 2009) de entendimento jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, que reconhecia a nulidade dos julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta majoritariamente por Juízes de primeiro grau, ante a violação do princípio do juiz

natural, de que são exemplos as decisões proferidas no HC nº 110.498 e HC nº 100.426-SP, Relator, neste último, o Min. Félix Fischer.

Aquela Corte, revendo o aludido entendimento, iniciado na apreciação de questões atinentes ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinara um *mutirão de julgamentos*, valendo-se da convocação juízes de primeira instância, sem observância, portanto, dos critérios *legais* de substituição, decidiu pela *validade* dos julgamentos, desde que regular a convocação de juízes (por motivo de férias, licenças e impedimento legais de Desembargadores), quando da apreciação do HC nº 109.456, Relatora a Des. (Convocada do TJ/MG) Jane Silva, 3ª Seção, consolidando orientação da 5ª e da 6ª Turma, ocasião em que o Min. Félix Fischer deixou registrada a modificação de seu entendimento anterior. Ficou vencido apenas o Min. Nilson Naves, que não fazia distinção nos critérios de convocação, para fins de nulidade.

Lê-se na *ementa:*

"[...] I – É perfeitamente possível o julgamento nos Tribunais por Turmas ou Câmaras parcialmente integradas por Juízes de Primeiro Grau, mediante convocação. II – Ausente a criação de novas Câmaras compostas exclusiva ou majoritariamente por Magistrados de Primeira Instância convocados, mas unicamente a convocação para auxiliar Desembargadores específicos e, apenas eventualmente (em casos de férias ou outros afastamentos) substituí-los, não há nulidade a sanar. Precedentes do STF e do STJ. [...]" (STJ – 3ª Seção, Rel. Des. (Convocada) Jane Silva vencido o Min. Nilson Naves).

Uma última questão.

A competência territorial *por matéria*, ou seja, aquela decorrente de varas especializadas, integraria o conceito de *juiz natural*?

Pensamos que não, ainda que às Constituições dos Estados se reserve a definição de competência (art. 125, CF), por meio de lei de organização judiciária.

Uma coisa é reconhecer a *autorização constitucional* a entes da Federação para a expedição de normas acerca de determinada matéria; outra, é colocar, no mesmo plano, ambas as regulações, sobretudo quando houver disposições expressas e minudentes na Constituição da República. Simples assim.

As regras do *juiz natural* dizem respeito às determinações constitucionais acerca da jurisdição brasileira, no âmbito da competência *em razão da matéria* e *em razão*

da prerrogativa de função, bem como da proibição do *juiz ou tribunal de exceção*, consequência óbvia do princípio da *impessoalidade* que subordina as relações Estado/administrado, e, assim, também, Estado/jurisdicionado.

Feitas tais considerações, não incluímos a competência decorrente de *distribuição ou especialização por matéria*, e resultante das leis de organização judiciária, no conceito de juiz natural.

O que não impede que, por outra ordem de considerações, se admita a sua observância em casos concretos, como poderá ocorrer nas hipóteses de *emendatio ou mutatio libelli* (art. 383 e art. 384, CPP).

3.3.1.2 Direito ao silêncio e não autoincriminação

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja *compelido* – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse.

Nesta última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa na lei, não haja risco de afetação aos direitos fundamentais da pessoa. Adiante, quando tratarmos do tema relativo às provas, analisaremos as chamadas *intervenções corporais* (item 9.2.1.2), admitidas, em maior ou menor escala, em todo o mundo ocidental, desde que observados rígidos limites.

O direito ao silêncio deflui da regra constitucional prevista no art. 5º, LXIII, da CF, e implicou a imediata revogação (implícita, por incompatibilidade) daquilo que dispunham o art. 186 (posteriormente revigorado pela Lei nº 10.792/03) e o art. 198 do CPP, pela simples e bastante razão de não se poder atribuir qualquer forma de sanção a quem esteja no exercício de um direito a ele assegurado em lei.

A Lei nº 10.792/03, que alterou vários dispositivos do CPP, veio, enfim,

consolidar o que já era uma realidade, ao menos em âmbito doutrinário: o tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito de entrevistar-se com seu advogado antes do referido ato processual (atual art. 185, § 5º, renumerado pela Lei nº 11.900/09); o direito de permanecer calado e não responder perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa (art. 186, *caput*, e parágrafo único).

As alterações ora mencionadas foram, posteriormente, incorporadas pelas leis subsequentes que cuidaram da matéria, incluindo as Leis nºs 11.719/08 e 11.900/09. Daí por que implicitamente revogado o art. 198, CPP.

Desse modo, também a condução *coercitiva* prevista na primeira parte do art. 260 do CPP, quando determinada para simples interrogatório – meio de defesa, no qual o acusado não é obrigado a prestar qualquer informação, nem tem qualquer compromisso com a verdade –, é de se ter por *revogada*, igualmente por manifesta incompatibilidade com a garantia do silêncio.

Esta também a compreensão do Supremo Tribunal Federal, que, nas ADPFs 395 e 444, julgou o dispositivo incompatível com a Constituição de 1988.

A *regra* da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária, ressalvadas hipóteses previstas em leis e não invasivas da integridade física e psíquica do agente, decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, no que toca ao *direito ao silêncio* e à *proteção contra ingerências atentatórias da dignidade humana*.

A garantia do direito ao silêncio, bem como daquelas instituídas para a tutela da intimidade, privacidade e dignidade, tais como constam do disposto no art. 5º, XI, da CF, e, ainda, o princípio do estado de inocência (art. 5º, LVII), autorizam o inculpado a recusar-se, também, a participar da conhecida *reconstituição do crime* (art. 7º, CPP), sobretudo pelo constrangimento a que é submetido o investigado, muitas vezes

exposto à execração pública, como se efetiva e antecipadamente culpado fosse.

No entanto, e desde já o assentamos, nem sempre o aludido tema vem sendo tratado com a profundidade que sua complexidade requer. O Superior Tribunal de Justiça chegou a determinar a suspensão de vários processos criminais, para o fim de ajustar a sua jurisprudência, relativamente a um suposto *direito de mentir* de que seria titular o acusado, incluindo as informações acerca de sua identidade.

Decidiu-se ali também – a 6ª Turma – pela existência de um suposto *direito subjetivo* à recusa ao bafômetro, como se tal exigência violasse direitos fundamentais.

Em linha de princípio, esclarece-se: tais decisões não nos parecem corretas, do mesmo modo que a equivocada afirmação – pronunciada em determinada época em certa instância do Poder Judiciário – da existência de um *direito de fuga!* Ora, evidentemente que há aqui manifesta incompreensão conceitual. Se houvesse mesmo um direito de fuga, os órgãos do poder público *deveriam respeitar o seu exercício pelo aprisionado*, não opondo qualquer resistência ao ato (de fuga). Absurdo evidente.

O que se poderá alegar, com maior ou menor sucesso, a depender do caso concreto, é que o agente – que tenta a fuga, que mente sobre sua identidade etc. – é a eventual *justificação* da conduta (excludente de ilicitude) ou *inexigibilidade de conduta diversa* (exclusão de culpabilidade). Jamais o exercício de qualquer direito subjetivo!

Tanto é que o mesmo tribunal sedimentou (por meio do Enunciado 522 de sua Súmula de Jurisprudência) que a conduta de atribuir falsa identidade perante a autoridade policial é típica, não socorrendo ao agente a alegação de que se trata de autodefesa!

Ainda voltaremos a estas questões, quando da abordagem das *intervenções corporais*, no capítulo atinente às provas.

Por fim, remetemos ainda o leitor ao exame da questão relativa à *delação premiada*, item 14.7.4, *a*, no qual se abordam alguns de seus principais aspectos, e, sobretudo, a constitucionalidade da medida.

3.3.1.3 Contraditório

Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de *participação* no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou da *paridade de armas*, na busca de uma efetiva igualdade processual.

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim, como garantia de *participação* –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma *intensidade* e *extensão*. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade (GONÇALVES, 1992, p. 127).

Como se verá, sobretudo por ocasião da abordagem relativa às provas, o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. Já veremos que, quando se tratar de violação do contraditório *em relação à acusação*, será necessária a arguição expressa da irregularidade no recurso, sob pena de preclusão, ainda que se cuide de nulidade absoluta. Nessa hipótese, excepcional, por certo, levam-se em consideração outras questões, ora ligadas ao controle do bom desempenho das funções públicas (o Ministério Público deve zelar, sempre, pela regularidade do processo, em todas as suas fases), ora ligadas à vedação da não surpresa (no fundo, o *próprio contraditório*) para a defesa; esta, diante da ausência de impugnação da irregularidade no recurso da acusação, não teria como se manifestar sobre a mesma.

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do

aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo *justo* e *equitativo*, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.

Por isso, bem-vinda a Súmula 707 do STF, que dispõe: "*Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo*."

De outro lado, e para além do interesse específico das partes e, de modo especial, do acusado, é bem de ver que o contraditório põe-se também como *método* de conhecimento do caso penal. Com efeito, uma estrutura dialética de afirmações e negações pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, já cresce o número de doutrinadores que defende a aplicação do art. 10 daquela Lei ao processo penal. Segundo este dispositivo, o "juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". A regra coroaria, portanto, o princípio do contraditório.

A conclusão é tentadora, e de fato não enxergamos problemas na adoção desta norma no âmbito processual penal em determinados casos, mas é de se lembrar que, embora o Código de Processo Penal permita aplicação analógica (art. 3º), não há propriamente uma "lacuna" nesta área. Ao menos no que tange à possibilidade de o juiz tomar decisões que a lei dispensa iniciativa das partes, não nos parece *obrigatória* de forma alguma a medida de abrir vista para manifestações a respeito, embora possa até ser recomendado.

Quando se tratar de decisão favorável ao réu, entretanto, não haveria sentido

algum em adotar a regra. O processo penal, como se sabe, é totalmente orientado pelo princípio da ampla defesa, razão pela qual não se afigura possível "importar" uma regra processual civil que acabe prejudicando o acusado. Vale apontar, por fim, que o Código de Processo Civil possui norma expressa (art. 15) a respeito de sua aplicação subsidiária em outras áreas processuais, dentre as quais não se encontra a penal. Sua utilização no âmbito criminal, portanto, só pode se dar em situações excepcionais quando houver nítida omissão na legislação respectiva que demande efetiva complementação – o que não parece ser o caso do art. 10. Nesse cenário, não há como defender a extensão *obrigatória* da regra mencionada, embora seja possível sustentar a aplicabilidade *facultativa*, desde que – e somente se – a favor da defesa.

3.3.1.4 Ampla defesa

Embora ainda haja defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base.

É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da *garantia de participação*, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.

E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica – do advogado – de corréu durante o interrogatório de *todos os acusados*. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de interesses entre os réus, o que, por si só, justificaria a participação do defensor daquele corréu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a participação dos defensores de corréus no interrogatório de *todos os acusados*.

O interrogatório é meio de defesa – incluído na denominada *autodefesa*, que consiste no desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos

interesses da defesa, razão pela qual é indispensável a presença de um defensor para o ato. Naturalmente, a partir da Lei 11.719/08, que instituiu a concentração dos atos instrutórios, a defesa sempre estará presente ao interrogatório, já que este se realiza após a inquirição das testemunhas e peritos, na mesma audiência. Isso, como regra, é claro.

Embora seja assim, meio de defesa, já que o acusado tem verdadeiro *direito* a ser ouvido pelo juiz da causa (art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica – Decreto nº 678/92), semelhante modalidade (de defesa) encontra-se no âmbito da disponibilidade do réu, isto é, cabe a ele o juízo de oportunidade e conveniência do exercício de tal direito.

Por outro lado, o mesmo não ocorre em relação à chamada defesa *técnica*, corolário do princípio geral da ampla defesa, na qual é exigida a participação de um defensor – regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – em todos os atos do processo (art. 261, CPP).

Enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado.

Aliás, conforme teve oportunidade de decidir a Suprema Corte, a manifestação da defesa, patrocinada por defensor público ou dativo, quando limitada ao pedido de *condenação ao mínimo legal*, é causa de nulidade do processo, exatamente por ausência de defesa *efetiva* (HC nº 82.672/RJ, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, *Informativo STF* nº 325, p. 2). Na oportunidade, o Min. Carlos Britto, vencido no julgamento, argumentou tratar-se de estratégia da defesa, com o único objetivo de obter a nulidade do processo. Com ou sem razão Sua Excelência, no que se refere a ser ou não estratégia da defesa, o fato é que ao Judiciário impõe-se o controle do efetivo exercício da ampla defesa. Nessa medida, se o defensor, constituído ou dativo, não a exerce, cabe ao julgador nomear defensor *unicamente* para aquele ato, tal como ocorre no plenário do júri, nos termos do art. 497, V, do CPP, prosseguindo-se com o processo.

Infelizmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não consolidou

esse ponto de vista quando se trata de ausência de alegações finais pelo *defensor constituído (*pelo acusado); em tais situações, reconhece-se apenas hipótese de nulidade relativa, ou seja, dependente da arguição do interessado, sob pena de preclusão.

A boa nova vem da 1ª Turma, que, encampou o entendimento que vimos de sustentar nesse espaço. Ver, então, HC nº 94168, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 5.8.2008, *DJe* 177, Divulg. 18.9.2008, Public. 19.9.2008, Ement. v. 02333-02, p. 431.

E mais. Embora a oportunidade para a indicação de provas pela defesa seja no prazo de dez dias após a citação (art. 396, art. 396-A, CPP), pensamos ainda aplicável a previsão do art. 189, CPP, na parte em que autoriza a indicação de provas pelo acusado por ocasião do interrogatório (explicação: tempo houve em que o interrogatório era o primeiro ato da instrução). É certo que, no atual rito, art. 400, CPP, o interrogatório do acusado somente é feito após a produção de prova testemunhal e pericial, concentrando-se os atos de prova em uma audiência una.

No entanto, sempre que a defesa técnica estiver em descompasso com o depoimento prestado pelo réu no interrogatório, pensamos que o juiz deve determinar a produção da prova ali indicada. Sabe-se que, infelizmente, e por variadas razões, o defensor, por vezes, se limita a arrolar as testemunhas mencionadas na denúncia, o que, evidentemente, não atende aos interesses defensivos. Assim, em tais situações, o princípio da ampla defesa impõe a reabertura da instrução para que se produza a prova então requerida. Tal ocorrerá, muito provavelmente, nas hipóteses de réu preso, que não tenha advogado constituído. Seria possível exigir-se da Defensoria Pública o comparecimento permanente às prisões? Sem ouvir o acusado, como elaborar uma defesa escrita mais consistente?

De outro lado, conquanto possa ser justificado sob fundamentação diversa, porque não se pode esperar outra atitude de um Estado que se proclama democrático e de Direito, é possível, também, atribuir à ampla defesa o direito ao aproveitamento, pelo réu, até mesmo de provas obtidas *ilicitamente*, cuja introdução no processo, em regra, é inadmissível.

E isso porque, além da exigência da defesa efetiva, o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar todas e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º, CF). De mais a mais, tratando-se de prova destinada à demonstração da inocência, poder-se-á alegar até mesmo a exclusão de sua ilicitude, impondo-se uma leitura mais ampla do *estado de necessidade*, para o fim de não se exigir a ciência do agente acerca da *necessidade* do comportamento e/ou de sua *eminência*.

Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da *defesa técnica*, da *autodefesa*, da *defesa efetiva* e, finalmente, por *qualquer meio de prova* hábil a demonstrar a inocência do acusado.

A compreensível preocupação com o exercício efetivo da ampla defesa levou a Suprema Corte a elaborar duas *súmulas* de sua jurisprudência, quais sejam, a de nº 705, a dispor que "*a renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta*", e a de nº 707, cuja redação já transcrevemos anteriormente.

A Súmula 705 privilegia o conhecimento técnico do defensor, já que o acesso ao duplo grau de jurisdição permite a revisão do julgado por um órgão colegiado, o que é evidentemente salutar.

A Súmula 707 é realmente inovadora, particularmente no ponto em que dispõe não ser suficiente a nomeação do defensor dativo para responder ao recurso interposto contra a rejeição (art. 395, CPP, por questões processuais) da denúncia.

Pensamos também que, mesmo na hipótese de recebimento da denúncia, com superação das questões preliminares (art. 395, CPP), poderá o juiz *absolver sumariamente* (art. 397, CPP), independentemente da citação do réu para o oferecimento de *resposta escrita* (art. 396, CPP), nas hipóteses de *atipicidade manifesta e/ou de extinção da punibilidade* (art. 397, III e IV). No caso, bastará aplicar-se a Súmula 707-STF, no caso de haver recurso da acusação.

E, diante dos princípios constitucionais que estruturam o processo penal, o avanço

não deixa de ser bem-vindo, uma vez que a possibilidade de se coartar uma acusação penal já no seu início não deixa de se revelar como matéria atinente tanto ao contraditório quanto à ampla defesa.

De se registrar, e se louvar, ainda, o disposto no art. 289-A, § 4º, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, que exige a comunicação imediata de toda prisão à Defensoria Pública, se o aprisionado não indicar advogado naquele ato. Previu-se também a comunicação imediata da prisão ao juiz, ao Ministério Público e aos familiares do preso (art. 306, CPP), além do encaminhamento, em 24 horas, do auto de prisão em flagrante ao juiz e à Defensoria Pública (art. 306, § 1º, CPP).

Loas, também, para a Lei 13.964/19, que alterou o art. 310 do CPP para fixar a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia após a prisão em flagrante.

3.3.1.5 Estado ou situação jurídica de inocência

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de "liberdade provisória", que nada mais é, atualmente (Lei nº 12.403/11), que a explicitação das diversas medidas cautelares pessoais, substitutivas da prisão.

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza

cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. Veremos que também a imposição de medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320, CPP) reclamará juízo de necessidade de medida (art. 282, I, CPP).

No julgamento do HC 126292 (posteriormente referendado pelo Plenário nas ADC nºs 43 e 44, em 5.10.2016), porém, o Supremo Tribunal Federal *modificou radicalmente* a sua posição sobre o princípio da não culpabilidade, permitindo a *execução provisória* da condenação *já após a decisão do Tribunal de segundo grau*. A decisão vigorou até a data de 07.11.2019, quando a mesma Corte retomou a compreensão anterior, vedando esta modalidade de execução (ADCs 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio). Como se vê, a decisão anterior desconsiderava a exigência d o *trânsito em julgado*, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão *da qual não caiba mais recurso*.

E, ao contrário do quanto ali sustentado, a matéria não nos parece ser de *conformação legislativa*, mas claramente de índole constitucional. A menos que se modifique a Constituição, como assim queria a conhecida proposta de Emenda Constitucional designada por *Emenda Peluso*, não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser por essa via (constitucional).

No ponto, parece-nos relevante também acentuar que nem sequer a legislação brasileira em vigor contempla a possibilidade de recurso *após o trânsito em julgado*, como ocorre, por exemplo, em Portugal, com o recurso extraordinário de lá. Em *terrae brasilis*, o *trânsito em julgado* é a tradução da decisão a salvo de recursos, mesmo aqueles da via extraordinária.

Muito pelo contrário, a Lei nº 13.964/19 (e, desde antes, a Lei nº 12.403/11), dando nova redação ao art. 283, CPP, prevê que toda prisão, *antes do trânsito em julgado*, deve se amparar em fundamentação cautelar. Ou seja, a Lei brasileira veda

expressamente a *execução provisória*.

Exceções ao princípio, é claro, até poderão ocorrer, sem qualquer mácula ao pensamento garantista, como, de resto, comprova-o o direito comparado, mundo afora. Em situações e contexto absolutamente excepcionais. O *Direito* é regra, mas é, também *exceção*.

3.3.1.6 Vedação de revisão *pro societate*

Este princípio, cuja força normativa já era decorrência do sistema de garantias constitucionais da Carta de 1988, passou a receber tratamento legislativo expresso com a sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 678/92, do chamado Pacto de San José da Costa Rica, resultante da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 4).

Com os olhos postos na necessidade de segurança jurídica e no adequado e regular funcionamento das instituições públicas responsáveis pela administração da Justiça, a vedação de revisão para a sociedade impede que alguém possa ser julgado *mais de uma vez* por fato do qual já tenha sido absolvido, por decisão passada em julgado.

Isso ocorrerá ainda que a aludida absolvição tenha ocorrido em razão de erro judiciário no julgamento, decorrente de equívoco na apreciação das provas e dos fatos, por injustiça ou qualquer outro vício possível, incluindo incompetência absoluta.

A razão de ser da vedação da revisão *pro societate* fundamenta-se na necessidade de se preservar o cidadão sob acusação de possíveis desacertos – escusáveis ou não –, encontráveis na atividade persecutória penal, atuando o princípio, também, como garantia de maior acuidade e zelo dos órgãos estatais no desempenho de suas funções (administrativas, investigatórias, judiciárias e acusatórias).

No entanto, não se há de reclamar aplicação de vedação de *revisão pro societate* em hipóteses nas quais a conduta posterior do acusado, ou em seu favor, tenha sido a única causa do afastamento da pretensão punitiva, quando praticada *criminosamente* e quando comprovadamente dela tenha resultado *a alteração de situação de fato ou de*

direito juridicamente relevante, sem que se possa atribuir ao fato qualquer responsabilidade do Estado.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de rejeitar a aplicação do princípio em processo cuja extinção da punibilidade, então reconhecida, arrimava-se em *falsa certidão de óbito* apresentada em favor do acusado (STF: HC 84525/MG HC 104998/SP). Assim, seja porque a hipótese não era, à evidência, de *absolvição* (em que efetivamente se julga e são analisadas mais extensamente as questões de fato e de direito), e sim de *extinção da punibilidade*, seja por não ter havido participação ou responsabilidade do Estado na constituição do erro, a revisão do julgado parece-nos inteiramente correta.

Um reparo: a Lei nº 11.719/08 modificou o trato da matéria. Com isso, a extinção da punibilidade, quando já proposta a ação, é causa de *absolvição sumária* (art. 397, IV, CPP). No entanto, embora alterado o *nomen juris*, cujos propósitos ainda veremos, a essência permanece a mesma: não há julgamento da questão discutida no processo, daí por que, em tais situações, não se poderá manejar a proibição de *vedação pro societate*.

Nesse campo, o que deve orientar a aplicação do direito é a proteção do jurisdicionado contra a ineficiência e o abuso da atividade estatal. O princípio atua, pois, como norma de *controle* das atividades do Poder Público, de modo a garantir que somente uma persecução penal fundada em provas seguras possa ser instaurada. Na dúvida ou na insuficiência do material probatório, o caminho deve ser sempre o arquivamento do inquérito ou das peças de informação.

No caso da extinção da punibilidade pela apresentação de certidão de óbito falsa, não há qualquer reparo a ser feito na atuação dos órgãos estatais. A prevalecer o entendimento contrário, isto é, que mesmo em semelhante situação não se deveria alterar a decisão extintiva da punibilidade (*absolvição sumária* – art. 397, IV, CPP), os juízes, se ciosos de seu dever, passarão a exigir a apresentação do cadáver para a prolação da aludida decisão.

Todavia, na hipótese de um *sequestro e manutenção em cárcere* de testemunhas oculares da autoria de determinado crime, por exemplo, pensamos que uma eventual

sentença absolutória passada em julgado naquela ação *não poderia* ser objeto de anulação do processo e reabertura da persecução. Nesse caso, embora presente a conduta criminosa dos acusados, posterior (ao crime) e com o objetivo de assegurar a impunidade do primeiro delito, pensamos que teria havido *ausência de serviço público* estatal, na medida em que não teria ele cuidado de proteger as testemunhas do crime. Além do mais, tratar-se-ia de *sentença absolutória*, e não de decisão extintiva da punibilidade.

Afirmamos que mesmo o vício de decisão absolutória proferida por juiz absolutamente incompetente não pode ser conjurado, isto é, revisto. Incidirá a proibição de *revisão pro societate*. Neste sentido já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal no HC 87.869/ CE. De igual modo, foi o entendimento do Superior Tribunal Justiça no HC 146.208/PB.

E vamos além.

Ainda quando se tratar de decisão de *arquivamento de inquérito*, poderá ter lugar a proibição da revisão *pro societate*.

É que, em algumas hipóteses, o arquivamento se fundamenta em questões *de mérito*, e, mais propriamente, em questões *de direito*.

Nesse passo, quando a decisão judicial que determinar o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação (do crime) se arrimar na *atipicidade* do fato ou mesmo na *extinção da punibilidade* do delito – ressalvada a hipótese de fraude para a sua caracterização, como no exemplo da *falsa* certidão de óbito – estará fechada a porta para a revisão *pro societate*. Relembre-se de que as duas situações exemplificadas dizem respeito a casos de *absolvição sumária* (art. 397, III e IV, CPP).

Em tais situações, a eficácia preclusiva da decisão de arquivamento será típica de *coisa julgada material*.

E, exatamente por essa razão, é que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo eminente Min. Sepúlveda Pertence, entendeu que a decisão de arquivamento (por atipicidade) proferida por juiz *absolutamente incompetente*

também não poderia ser objeto de novo questionamento, ao argumento de possível violação ao princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta (HC nº 83.346/SP, em 17.5.2005). No mesmo sentido, já teve oportunidade de se manifestar a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: HC 173.397/RS.

Note-se que o exemplo dado trata de decisão proferida com violação ao princípio do juiz natural.

Trata-se, contudo, de se fazer uma opção: ou se dá preferência à afirmação de um (juiz natural) ou a outro (da vedação da revisão *pro societate*) princípio constitucional.

E, de acordo com a justificação que pensamos presente em cada um deles, a decisão proferida por juiz absolutamente incompetente deve ser *debitada* à responsabilidade do Estado, que teria atuado de modo equivocado e descuidado. Por isso, pensamos dever prevalecer a imposição da vedação de revisão *pro societate*.

Naturalmente, as decisões de arquivamento de inquérito que não *resolvam* questões *de mérito* não se enquadrariam na proibição de revisão do julgado. Aliás, decorre da lei a possibilidade de *reabertura* do inquérito após o surgimento de novas provas (art. 18, CPP).

Polêmica é a questão dos efeitos do arquivamento fundado em causas excludentes de ilicitude. No raciocínio que expusemos anteriormente, também essas causas gerariam efeitos *materiais*, a impedir a revisão *pro societate*, posto que elencadas no art. 397 do CPP como aptas a ensejar absolvição sumária (ao lado também das causas excludentes de culpabilidade).

No entanto, a questão não é tão simples assim. Eventual atipicidade ou extinção da punibilidade nos parece muito mais **evidente** do que as causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Estas, em regra, exigem uma análise mais rigorosa, tornando a instrução processual a ocasião mais adequada para o seu enfrentamento, em que há amplas possibilidades probatórias a reforçarem uma conclusão mais precisa. De fato, excepcionando-se as hipóteses em que as causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade são manifestas ("saltam aos olhos"), não nos parece prudente revestir o arquivamento do inquérito – decisão tomada à míngua de amplo

debate – com efeitos materiais quando fundamentado em questões tão complexas.

A consequência desse entendimento é a possibilidade de se reabrir a investigação, nesses casos, por ocasião do surgimento de provas novas – o STF vem se orientando nesse sentido (HC 87.395/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 23.03.2017; HC 125.101/SP, Red. para o acórdão Min. Dias Toffoli, 28.08.2015). Em posição contrária, defendendo a produção de efeitos materiais para o arquivamento nessas condições, fixou-se o STJ (REsp 791.471/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 16.12.2014).

3.3.1.7 Inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente

Faremos aqui apenas um breve registro da importância do aludido princípio, deixando o exame de suas amplas possibilidades de aplicação para o respectivo capítulo (Das provas).

Em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estatura *fundante* do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo, porque destinado a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público.

Não bastasse, também a relevância do debate acerca da aplicação do princípio da *adequabilidade* (proporcionalidade e razoabilidade) na hermenêutica constitucional faz crescer de importância as normas jurídicas atinentes às provas.

De todo modo, não nos furtaremos ao amplo desenvolvimento do tema, quando do exame do capítulo específico da teoria e dos meios de prova. Ali se verá e se aplaudirá também a alteração trazida pela Lei nº 11.690/08, na parte em que ela explicita a contaminação da ilicitude (art. 157, CPP), como a adotar a *teoria dos frutos da árvore envenenada*, já incorporada na doutrina e na jurisprudência nacionais, com ressalvas, também explícitas, das *teorias da descoberta inevitável e da fonte independente*, a justificar hipóteses de *não contaminação*.

E também na parte em que se determina o desentranhamento da prova assim caracterizada (ilícita), consoante disposição expressa no art. 157, *caput*, e § 3º, CPP. Referida norma, se não nos parece necessária em relação ao juiz togado (juízos

singulares e tribunais), já que ele tem o dever de motivação de suas decisões, o mesmo não se pode dizer relativamente ao júri. Ali se decide pelo critério da íntima convicção, sem qualquer necessidade de fundamentação. Assim, o risco de valoração da prova ilícita seria (e é) inexorável.

Adiante-se, contudo, que a determinação de inutilização da prova ilícita chega a ser absurda, se não flexibilizada. É que, se a produção da prova (ilícita) puder gerar consequências civis e penais ao seu autor, como se comprovará a ilicitude?

Ficamos aqui, por ora, apenas com o registro da natureza *principiológica* da vedação das provas obtidas ilicitamente, deixando para o aludido capítulo o exame mais completo da matéria.

CAPÍTULO 4

A Fase Pré-Processual: a Investigação Criminal

Se, como vimos, a persecução penal é dever do Estado, com as exceções que adiante veremos, uma vez praticada a infração penal, cumpre também a ele, em princípio, a apuração e o esclarecimento dos fatos e de todas as suas circunstâncias. Não por outra razão (espera-se!), prevê a Lei nº 12.830/13 que a função de investigação é essencial e privativa do Estado (art. 2º).

Aliás, sobre a citada lei, é de se esclarecer que ela não modifica qualquer dos dispositivos do CPP, instituindo-se mais como norma de natureza orgânica da Polícia. Digno de registro o veto aposto ao § 3º da citada Lei, que tratava do "livre convencimento motivado" dos atos de investigação. Referida norma foi tida por inconstitucional por interferir nas atribuições de outros órgãos, segundo as razões do veto. E, este, o veto, está correto, se o que se pretendia era a autonomia investigativa da autoridade policial (o Delegado), relativamente, por exemplo, às requisições de diligências do titular da ação penal, matéria situada no âmbito do controle externo da atividade policial, de foro constitucional. Se a intenção nem era essa, para lá de dispensável a norma, dado que o Delegado sempre teve e sempre deverá ter a liberdade de convencimento para adotar essa ou aquela linha de investigação. Isso, no

direito brasileiro (sem qualquer dúvida). Liberdade essa que se encerra quando requisitada a produção de determinada diligência investigatória pelo *parquet*.

O nosso CPP, então, defere a determinados órgãos, responsáveis pela segurança pública, a competência para a investigação da existência dos crimes comuns, em geral, e da respectiva autoria. É a chamada *polícia judiciária* (art. 144, CF). Que, aliás, não deveria ser assim chamada (a Emenda Constitucional 104/19 utilizou o termo "polícia penal", o que nos soa mais adequado)! Juiz não investiga e nem aproveita o material colhido pela polícia para o exercício de sua função jurisdicional. O órgão que cumpre essa função é o Ministério Público.

Embora a citada legislação (Lei nº 12.830/13) se utilize da expressão *privativa* ao se referir à atividade de investigação, reservando-a à Polícia, impende observar que outras autoridades administrativas também detêm poderes de investigação, quando especificamente dirigidos para a apuração de outras ilicitudes, situadas no âmbito do respectivo poder administrativo. Aliás, mesmo o Código de Processo Penal, instrumento normativo de perfil reconhecidamente autoritário, já ressaltava a atribuição investigatória a outras autoridades, conforme se vê do disposto no art. 4º. O que aquela Lei pretendeu esclarecer é que caberia apenas à polícia a investigação *criminal*. Nesse passo, pretendeu encerrar o debate acerca da existência ou não de poderes investigatórios do Ministério Público. Mais adiante, veremos a impossibilidade de se regular tal matéria ao nível infraconstitucional.

A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação. O juiz, nessa fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional.

Registre-se que a Lei 13.964/19 inaugurou a figura do "juiz das garantias", que atuaria justamente nesta fase pré-processual, exercendo o controle de legalidade da investigação, bem como a adoção de medidas cautelares *pessoais, reais* ou *probatórias* na aludida fase, sempre a requerimento ou representação dos órgãos da persecução penal (Ministério Público e Polícia). No entanto, todas as normas referentes ao juiz das garantias foram suspensas liminarmente, como já aludido. Sendo assim, a novidade segue sem efeito, ao menos por enquanto, motivo pelo qual o tema ainda não será objeto de estudo.

A formação do convencimento do encarregado da acusação, como visto, pode decorrer também de atividades desenvolvidas em procedimentos administrativos levados a cabo por outras autoridades administrativas e até mesmo por atuação de particular, isto é, pelo encaminhamento de documentação ou informação suficiente à formação da *opinio delicti*. Em relação ao particular, o que estamos afirmando é que eventuais elementos probatórios poderão ser fornecidos por ele, desde que resultantes de atividades lícitas. Se houver ilicitude na respectiva obtenção, a regra é a inadmissibilidade da prova.

No ponto, a Lei nº 13.432/17 dispôs sobre a atuação dos chamados "detetives particulares", que, inobstante coletarem dados e informações apenas de natureza não criminal (art. 2º), visando a interesse privado do contratante, receberam a prerrogativa de poderem *colaborar* com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante (art. 5º) e aceito pelo Delegado de Polícia (art. 5º, parágrafo único). Mesmo que a autoridade policial não rejeite o ingresso do detetive (e pode fazê-lo a *qualquer tempo*), ainda assim não poderá ele participar diretamente de diligências policiais (art. 10, IV). Ou seja, trata-se de atuação puramente acessória, de auxílio indireto (e duvidoso...) à investigação.

A nosso aviso, a possibilidade de "investigação defensiva", ao menos nos moldes traçados pela nova legislação, sempre esteve à disposição dos réus e também das vítimas (ainda que à margem de previsão expressa), de modo que a lei não introduziu nenhuma novidade. De todo modo, nenhum prejuízo advém desse verdadeiro *referendum* concedido à profissão.

O Código de Processo Penal, genericamente, dá o nome de*peças de informações* a todo e qualquer conjunto indiciário resultante das atividades desenvolvidas fora do inquérito policial.

Como se observa, o inquérito não é indispensável à propositura de ação penal, podendo a acusação formar o seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos informativos.

Por fim, e antes de examinarmos o inquérito policial em suas características essenciais, cumpre trazer a lume questão das mais importantes, atinente à necessidade, ou não, do contraditório e da ampla defesa no âmbito da fase de investigação.

Do ponto de vista da jurisprudência nacional, o tema pode não despertar maiores indagações, estando ali assentada, como regra, a não aplicação dos citados princípios constitucionais à fase de investigação.

No entanto, parece crescente na doutrina brasileira, ao menos em pesquisas e encontros acadêmicos (seminários, congressos etc.), o entendimento segundo o qual a presença do contraditório no inquérito policial seria uma exigência constitucional.

Do ponto de vista da ordem jurídica brasileira em vigor, não vemos como acolher a ideia. Embora a instauração de investigação criminal, por si só, já implique uma afetação no âmbito do espaço de cidadania plena do investigado (isto é, na constituição de sua dignidade pessoal e de sua reputação social, além do evidente transtorno na sua tranquilidade), não podemos nela identificar um gravame que, sob a perspectiva do Direito positivo, possa ser equiparado a uma sanção. Fosse assim, não hesitaríamos em exigir o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa já nessa fase. Na jurisprudência dos tribunais a tese não encontra qualquer acolhida.

Nesse sentido, sequer as alterações trazidas com a Lei nº 11.690/08, instituindo a possibilidade de o acusado indicar assistente técnico para a apreciação da perícia oficial, permitindo-lhe inclusive a apresentação de pareceres (art. 159, § 5º, CPP) e esclarecimentos orais, implicam o estabelecimento do contraditório na fase de investigação. E isso porque é a própria Lei (art. 159, § 4º, CPP) que esclarece que o assistente somente ingressa a partir de sua admissão pelo juiz e após a elaboração do

laudo oficial, e, mais, que a sua participação se dará no curso do processo judicial (art. 159, § 5º, CPP). Não há previsão, portanto, de acompanhamento da perícia oficial, o que, com efeito, implicaria a produção da respectiva prova em contraditório.

Mais ainda: nem mesmo as alterações no Estatuto da OAB trazidas pela Lei nº 13.245/16, que introduziram (art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94) o direito do advogado à assistência de seus clientes durante a investigação, declarando serem nulos os atos de interrogatório ou de tomada de depoimentos, instituem a garantia do *contraditório* nessa fase, embora se possa e se deva admitir a previsão do exercício de defesa técnica no inquérito, especialmente em relação à produção de prova pericial. No entanto, mesmo esta previsão (de apresentação de razões e quesitos) não institui o *dever de informação* para a autoridade policial, ou o direito de submissão à defesa acerca de novos elementos informativos obtidos em fase posterior a esta manifestação (razões e quesitos). O que se garante é o direito do defensor técnico, mas não a garantia do conhecimento prévio e imediato da investigação em curso.

Daí nos parecer acertada a posição do Supremo Tribunal Federal na Pet 7.612/DF (Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 12.03.2019), que não enxergou a necessidade de intimação prévia da defesa técnica do investigado para tomada de depoimentos durante a investigação. De fato, é direito do advogado participar do ato, mas não há exigência legal para que seja *intimado* a tanto.

De se ver que o contraditório na fase de investigação, *em tese*, pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação.

O risco, evidente e concreto, é a *perturbação* da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória. Não há como recusar essa realidade, se bem examinadas as coisas no cotidiano de nosso Judiciário.

Em relação às provas periciais, então, reiteramos que o contraditório já deveria ser realizado, e o quanto antes, particularmente para aquelas hipóteses em que o

objeto da perícia (corpo de delito) corra o risco de perecimento no tempo ou de alteração substancial de suas características mais relevantes. Por que não a participação da defesa, desde logo, na elaboração do laudo técnico?

Daí por que correta a decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 69.405-SP, Rel. Min. Nilson Naves, em 23.10.2007, ao determinar a realização de diligências requeridas pela defesa, ao tempo que assinalava que, naquele caso concreto, a medida não implicaria nenhum prejuízo ao procedimento investigatório.

Repita-se, contudo: a Lei nº 11.690/08, que modificou a redação do art. 159, § 4º, § 5º, CPP, não determina a participação do assistente técnico na fase de investigação policial. Prevê apenas a atuação do assistente no curso do processo judicial. Já a Lei nº 13.245/16 autoriza, a nosso sentir, a participação da defesa técnica também em relação às provas periciais, ao fixar que o advogado tem o direito de formular "quesitos" (art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94), novidade que deve ser recebida de braços abertos.

A Lei 13.964/19, por sua vez, ao criar o art. 14-A no CPP, inovou ao determinar a *citação obrigatória* do investigado quando se tratar de apuração de uso de força letal praticado por agente de segurança pública (o que inclui bombeiros militares, além de policiais civis, federais, rodoviários, ferroviários e militares, e, ainda, os integrantes das Forças Armadas que estejam em *missões para garantia da lei e da ordem*) no exercício da função, bem como a garantia de *designação de defensor* a ele.

Se lido apressadamente, o art. 14-A consagraria verdadeira violação ao princípio da *igualdade*, ao dispor sobre possível contraditório na fase de investigação. A bem da verdade a lei não é clara em relação ao exercício do *contraditório*, mas, ao impor a citação e a exigência de defensor – ao contrário de todos os outros investigados – acaba expondo nítida desigualdade de tratamento.

Como quer que seja, à ausência de regra expressa, e à consideração de que inexiste ainda o contraditório na fase de investigação, melhor seguir a interpretação mais conservadora: não houve modificação e nem há inconstitucionalidade. A designação de defensor a servidor público pode interessar também, é claro, à

Administração Pública, daí porque aceitável o necessário acompanhamento de defensor.

Aliás, a lei deveria também determinar a mesma providência para os investigados pobres, carentes até de defensoria pública, quando não houver medidas constritivas pessoais.

E o que dizer das *missões para a garantia da lei e da ordem*? Nada. Só lamentar o enorme retrocesso de linguagem retórica, atualmente sem significado jurídico, e de intenções autoritárias, descompromissadas, como de hábito, com o Direito e com a Democracia.

4.1 Inquérito policial

Como a regra é a iniciativa (legitimação ativa) da ação penal a cargo do Estado, também a fase *pré-processual* da persecução penal, nos crimes comuns, é atribuída a órgãos estatais, competindo às autoridades administrativas, *excepcionalmente*, quando expressamente autorizadas por lei e no exercício de suas funções, e à Polícia Judiciária, *como regra*, o esclarecimento das infrações penais.

O inquérito policial, atividade específica da polícia denominada *judiciária*, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria (art. 4º, CPP). A denominação de polícia *judiciária* somente se explica em um universo em que não há a *direção* da investigação pelo Ministério Público, como é o brasileiro. Quem preside e conduz o inquérito policial é o Delegado de Polícia ou o Delegado de Polícia Federal. Apenas eles, como se sabe e vem garantido em Lei (12.830/13 – art. 2º, § 1º). Já veremos o papel do Ministério Público nessa história.

Importante alteração trazida pela Lei nº 12.830/13 diz respeito à impossibilidade de remoção arbitrária do Delegado de Polícia, o que confere maior transparência e segurança à atividade de investigação. Assim, somente por ato fundamentado e por necessidade de serviço, observadas as regras da impessoalidade, é que se poderá alterar o exercício das funções do Delegado de Polícia. De igual modo, exigir-se-á

também fundamentação específica para a avocação de investigação pelos órgãos superiores da instituição, tudo conforme o disposto no art. 2º, § 4º, Lei nº 12.830/13.

Tratando-se de ação penal *pública*, na qual, tal como ocorre com a jurisdição, a processualização da persecução penal é monopolizada, o inquérito policial deve ser instaurado de ofício pela autoridade policial (delegado de polícia, estadual ou federal), a partir do conhecimento da existência do cometimento do fato delituoso. A *notícia* do crime, ou *notitia criminis*, pode ser oferecida por qualquer pessoa do povo e, obviamente, pode ter início a partir do próprio conhecimento pessoal do fato pela autoridade policial (art. 5º, § 3º, CPP).

Vale lembrar que a Lei nº 13.608/18 dispõe sobre o serviço de recebimento de denúncias e *recompensa* de informações que auxiliem em investigações policiais. A norma sofreu aportes de novas disposições com o advento da Lei nº 13.964/19.

Coincidindo com as metas da Ação nº 4 da Enccla – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro –, ainda que de forma tímida se analisada com ordenamentos comparados, fato é que houve aqui a inserção da figura do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro, que nada mais é do que o termo que se usa para a pessoa que, espontaneamente, leva ao conhecimento de autoridades públicas competentes informações que sejam relevantes acerca de um ilícito civil, administrativo ou criminal (art. 4º-A da Lei nº 13.608/18). Normalmente, o denunciante não está envolvido nos fatos, mas os relata indicando a participação de terceiros.

Diante da plausibilidade do relato efetivado (parágrafo único do art. 4º-A), é reconhecido o direito de proteção integral ao denunciante contra retaliações e isenção de responsabilidade civil ou penal quanto ao teor do relato, salvo, por evidente, se o denunciante apresentar, dolosamente, informações ou provas que sabe serem falsas. Nesse caso, poderá configurar a hipóteses de denunciação caluniosa (art. 339, CP), comunicação falsa de crime ou contravenção (art. 340, CP) e/ou crimes contra a honra de terceiros (arts. 138 e seguintes, CP).

A legislação avança e prevê ainda que se assegure ao informante mais detalhadamente a proteção também contra *ações ou omissões* praticadas contra si

como forma de retaliação ao que tenha relatado, exemplificando atos como demissão arbitrária, alteração injustificada de suas funções ou atribuições, imposição de sanções, prejuízos remuneratórios ou de qualquer natureza, retirada de benefícios (diretos ou indiretos) ou negativa de fornecimento de referências positivas. É bem de ver que, muitas vezes, essas "penalidades" impostas estão "disfarçadas" com justificativas nada plausíveis. Assim, há que se ter o devido cuidado na análise de eventuais *motivações*, tanto para não prejudicar o denunciante, como também para não ensejar uma indevida responsabilidade de terceiros que tenham praticado condutas que sejam corretas e justificáveis na alteração de funções (e quiçá nem relacionadas às denúncias formuladas pelo interessado).

Porém, se caracterizadas as práticas de ações ou omissões de retaliação ao informante poderá configurar falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público. Nessa parte, apenas uma observação: diante da gravidade da penalidade (demissão a *bem do serviço público*), deverá ser comprovada de forma segura a conduta mediante o devido processo legal, bem assim da devida proporcionalidade diante do caso concreto.

Além de prever o ressarcimento em dobro por eventuais danos materiais causados pelas retaliações e danos morais (§ 2º do art. 4º-C da Lei nº 13.608/18), é garantida ainda a preservação da identidade do denunciante (e assim será fundamental pelo menos até o término de todas as investigações, notadamente quando comprovados os fatos relatados). A lei excepciona a possibilidade de revelação da identidade quando presente "relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos" (art. 4º-B), mas impõe uma condicionante: a revelação somente poderá ser feita com a concordância prévia do denunciante (parágrafo único do art. 4º-B).

Talvez a regra que mais possa trazer questionamentos é aquela inserida no § 3º do art. 4º-C: condicionada a uma cláusula de resultado ("quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública"), poderá ser fixada uma recompensa em favor do informante em até 5% do valor recuperado (que, como é intuitivo, poderá ser parcial ou total). Particularmente não vemos "imoralidade" ou qualquer mácula a dispositivos legais e

constitucionais na referida previsão. O percentual estipulado como máximo revela uma nítida proporcionalidade de *possível* recompensa, maximizando o interesse público na tentativa de recuperação de valores que tenham sido desviados e só foram recuperados a partir das informações originariamente prestadas pelo denunciante. Nunca é demais assentar que o valor fixado (em *até* 5%) deverá ser ponderado pelo julgador no caso concreto, com prudência, se esse percentual, diante de um caso de valor nominal altíssimo do prejuízo causado, não pode ensejar uma *excessiva* retribuição. Por isso a lei fala em *até* 5%, dispondo-se discricionariedade (regrada) para variações de retribuições que devam levar essas circunstâncias em consideração.

Por fim, importante destacar que essa ação de denunciar não decorre de uma obrigação legal do denunciante, mas de uma opção que a legislação lhe apresenta para auxiliar nas investigações de fatos de que tenha conhecimento. Se houver obrigação legal, preenchidos os demais elementos tipológicos e não tomada nenhuma providência, aí poderemos estar inclusive diante da prática de crime de condescendência criminosa (art. 320, CP).

A partir da cláusula constitucional da vedação do *anonimato* (art. 5º, IV, *in fine*), a Suprema Corte teve oportunidade de ressaltar a impossibilidade de instauração de persecução criminal – leia-se, inquérito policial ou procedimento investigatório – com base *unicamente* em *notitia criminis* apócrifa, salvo quando o documento em questão tiver sido produzido pelo acusado (segundo a acusação), ou constituir o próprio *corpo de delito*. É o que se vê na Questão de Ordem suscitada no curso do Inq. nº 1.957/PR, sendo Relator o Min. Carlos Velloso, com substanciosa declaração de voto do eminente Min. Celso de Mello – *Informativo STF* nº 387.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, já teve oportunidade de se manifestar em sentido diverso, conforme se vê no julgamento do HC nº 44.649/SP e, também, do HC nº 106040/SP:

"Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do

investigado. Precedente do STJ" (HC nº 44.649/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, *DJ* 8.10.2007).

"Inexiste ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações iniciadas por notícia anônima, eis que a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados. (Inteligência do artigo 4º, § 3º, CPP)" (HC nº 106040/SP, Rel. Min. Jane Silva – Desemb. Convocada do TJ/MG, 6ª Turma, *DJ* de 8.9.2008).

A questão é deveras complexa, tendo em vista que, não raras vezes, o autor da *notitia criminis* permanece no anonimato precisamente como meio de proteção pessoal e de seus familiares. Então, exatamente por isso, é de se receber com ressalvas a aludida decisão, até mesmo porque ela deixa consignada a necessidade de cautela no exame de cada caso.

A chamada *delação anônima*, com efeito, não pode ser submetida a critérios rígidos e abstratos de interpretação. O único dado objetivo que se pode extrair dela é a vedação à instauração de ação penal com base, unicamente, em documento apócrifo. E isso porque, de fato, faltaria *justa causa* à ação, diante da impossibilidade, demonstrada *a priori*, da indicação do material probatório a ser desenvolvido no curso da ação.

No que respeita à fase investigatória, entretanto, observa-se que, diante da gravidade do fato noticiado e da verossimilhança da informação, a autoridade policial deve encetar diligências *informais*, isto é, ainda no plano da apuração da *existência do fato* – e não da autoria – para comprovação da idoneidade da notícia. É dizer: o órgão persecutório deve promover diligências para apurar se foi ou não, ou se está ou não, sendo praticada a alegada infração penal. O que não se deve é determinar a imediata instauração de inquérito policial sem que se tenha demonstrada a infração penal nem mesmo qualquer indicativo idôneo de sua existência. Em duas palavras, utilizadas, aliás, pelo Min. Celso de Mello, com fundamento na doutrina de Frederico Marques, deve-se agir com *prudência e discrição*, sobretudo para evitar a devassa indevida no patrimônio moral de quem tenha sido, levianamente, apontado na delação anônima.

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de afirmar a validade de processo fundado em inquérito civil público, instaurado a partir de *notitia criminis* anônima, e para o fim de apuração da evolução patrimonial de servidores/agentes do

Poder Público. Argumentou-se com o princípio (ou postulado, como preferimos) da *concordância prática* (uma variação da *proporcionalidade*), para a mais efetiva proteção dos direitos fundamentais, destacando-se também o dever dos servidores públicos de informar sobre seus bens e evolução patrimonial (art. 13, Lei nº 8.429/92). STJ – RMS 38.010-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4-4-201 Precedentes: RMS 37.166-SP, Primeira Turma e RMS 30.510-RJ, 2ª Turma. ST RHC 31.394 – Rel. Desembargadora Convocada Marilza Maynard.

A jurisprudência da Suprema Corte, aliás, já deu contornos finais ao tema, aceitando a validade da delação anônima, para fins de justificação da adoção de providências investigativas preliminares, a fim de se comprovar a idoneidade da informação, bem como a viabilidade de se obter elementos informativos suficientes para a persecução penal (STF – HC 99.490/SP).

Noutro giro, de se ver que a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, ampliou o leque de atribuições investigativas da Polícia Federal, para nelas incluir a apuração dos delitos mencionados no art. 1º, da citada Lei – sequestro, cárcere privado, extorsão mediante sequestro, desde que o agente tenha tido motivação política ou em razão do exercício de função pública pela vítima; formação de cartel (Lei nº 8.137/90, art. 4º, I e II); violação a direitos humanos decorrentes de infrações previstas em tratado ou convenção internacional; furto, roubo ou receptação de cargas, bens e valores, transportados em operação interestadual ou internacional, envolvendo quadrilhas ou bandos com atuação em mais de um Estado. Novas ampliações foram dadas pelas Leis nºs 12.894/13 e 13.124/15, que incluíram, respectivamente, os crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (incluindo o depósito, distribuição e venda, mesmo por meio da internet, desses produtos falsificados, corrompidos, adulterados ou alterados) e os de furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação. Já com a Lei nº 12.850/13, o tipo penal do art. 288, Código Penal passou a designar-se por *associação criminosa*, e não mais quadrilha ou bando.

Importante mencionar, no âmbito desta *ampliação das atribuições investigativas da Polícia Federal*, o tanto quanto decidido pela Suprema Corte no HC 169348/RS Rel. Min. Marco Aurélio. No caso, a investigação foi realizada por aquela Polícia após requisição do Ministério Público Federal. No decorrer do procedimento houve o declínio para a Justiça Estadual, frente aos indícios então colhidos que apontavam para crimes a ela sujeitos. No entanto, mesmo após o declínio, a investigação prosseguiu na Polícia Federal. A defesa, então, postulou a nulidade de todos os atos judiciais decorrentes desta investigação supostamente indevida.

O Supremo Tribunal Federal rejeitou o pleito, afirmando que, conquanto a Polícia Federal tenha se encarregado da investigação, houve supervisão pelo juízo efetivamente competente (Estadual) bem como de membro do *parquet* com atribuição para o feito. Assim, declarou que o princípio do juiz natural não se estende às autoridades policiais, porquanto não investidas de competência para julgar.

Quanto à instauração do inquérito, quando cuidar-se de ação pública *condicionada* à manifestação (*representação*) do interessado (ofendido ou alguém com qualidade para representá-lo), ou, ainda, de *requisição* do Ministro da Justiça, o inquérito policial somente poderá ser instaurado a partir de requerimento ou requisição do respectivo *interessado* (isto é, aquele que, na ação pública condicionada, detém poderes de representação), conforme previsto no § 4º do art. 5º do CPP.

Igual procedimento será observado no caso de ação penal *privada*, cuja legitimação para a instauração pertence ao particular, ou legitimado (art. 5º, § 5º, CPP).

O Código de Processo Penal permite à autoridade policial a recusa de instauração de inquérito quando o requerimento do ofendido ou seu representante não apresentar conjunto indiciário mínimo à abertura das investigações, ou quando o fato não ostentar contornos de criminalidade, isto é, faltar a ele quaisquer dos elementos constitutivos do crime. Em tais hipóteses, caberá *recurso* ao órgão competente na estrutura administrativa da polícia (art. 5º, § 2º, CPP). No âmbito federal, a atribuição pertence à Superintendência da Polícia Federal.

Entretanto, semelhante providência – impugnação recursal para a chefia de polícia – na prática pode ser facilmente contornada. É que a notícia do crime e o pedido de providências podem ser encaminhados pelo interessado (qualquer pessoa do povo, na ação pública; ofendido ou seu representante legal, na ação pública e/ou condicionada e na ação privada) diretamente ao Ministério Público. E isso porque, tratando-se de *requisição* do Ministério Público, a autoridade policial está *obrigada* à adoção das providências requisitadas.

O art. 5º, II, do CPP autoriza o próprio juiz a *requisitar* inquérito policial. A nosso aviso, contudo, semelhante dispositivo somente tem pertinência com a ordem jurídica anterior à Constituição Federal, na qual se permitia aos magistrados até a *iniciativa* da ação penal (conforme a redação original do art. 531, CPP) nos casos de homicídio e de lesões corporais *culposos*. Hoje, com a afirmação da *privatividade* da ação penal pública para o Ministério Público, pensamos ser absolutamente inadmissível a requisição de inquérito policial pela autoridade judiciária. Tendo chegado ao seu conhecimento a possível existência de fato delituoso, o juiz deve encaminhar as peças ao órgão do Ministério Público, tal como se encontra disposto no art. 40 do CPP.

Note-se que, como já ressaltamos, nos termos do parágrafo único do art. 4º do CPP, a competência da polícia judiciária não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei sejam cometidas funções tipicamente investigativas, no âmbito de suas atividades institucionais (jamais para a investigação especificamente criminal!). Assim, também os órgãos e as entidades da Administração Pública, direta e indireta, poderão exercer função investigatória, quando prevista em lei, devendo encaminhar o procedimento ao Ministério Público, quando, no exercício das respectivas funções, constatarem a prática de ilícitos que também possam ser caracterizados como infrações penais.

É de se observar, porém, que a Lei nº 9.430/96 condiciona o encaminhamento, ao Ministério Público, de procedimento administrativo instaurado na Receita Federal para o respectivo *encerramento*, em última instância administrativa (art. 83). A Lei nº 12.350/10 estendeu os efeitos do esgotamento da via administrativa previsto no art.

83 aos crimes do art. 168-A, CP (art. 43 da citada Lei).

Conforme teremos oportunidade de examinar mais adiante (item 5.3.4), a Lei nº 9.430/96 não instituiu condição de procedibilidade da ação penal pública para a persecução dos crimes contra a ordem tributária, não se podendo falar também em subordinação da atuação do Ministério Público ao julgamento da instância administrativa.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, embora ressaltando não se tratar de *condição de procedibilidade*, entendimento já assentado naquela Casa, vem exigindo o encerramento do procedimento fiscal para a constituição ou não do crédito tributário, como condição *objetiva de punibilidade*, rejeitando as denúncias oferecidas antes da conclusão final administrativa à conta de ausência de *justa causa*. No particular, a Suprema Corte entende que não corre o prazo prescricional no aludido período. Como se verá (item 5.3.4), o tema oferece inúmeros desdobramentos.

Embora absolutamente desnecessária a recomendação, anote-se o quanto contido na Lei nº 12.735/12, que, ao cuidar de legislação de combate ao crime praticado por meio de informática, refere-se à formação de equipes ou setores de trabalho especializado no âmbito da polícia judiciária.

4.1.1 Procedimento

O inquérito policial tem prazo certo para a conclusão das investigações, devendo encerrar-se, em regra, em 10 dias, quando *preso* o indiciado, ou em *30*, quando solto. Na Justiça Federal, o prazo é de 15 dias, estando preso o acusado, podendo, todavia, ser prorrogado por mais 15, chegando, então, a 30, nos termos do art. 66 da Lei nº 5.010/66. Se estiver solto, o prazo segue a regra comum, ou seja, será de 30 dias.

Impende observar, já aqui, as disposições da Lei nº 12.483, publicada em 8 de setembro de 2011, a determinar a prioridade na tramitação do inquérito policial em que figure indiciado, acusado, vítima ou réus colaboradores e testemunhas que estiverem submetidas à proteção da Lei nº 9.807/99 (Lei de proteção à vítimas e

testemunhas), conforme a inclusão do art. 19-A na citada legislação.

De outro lado, a Lei nº 11.343/06, que, revogando expressamente as anteriores, Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, cuida do procedimento em matéria processual relativa aos chamados *crimes de tóxicos*, prevê o prazo de 30 dias para o encerramento do inquérito, quando preso o indiciado, ou de 90, quando solto, conforme disposto em seu art. 51. Segundo o parágrafo único do aludido dispositivo, esse prazo poderá ser duplicado pelo juiz, mediante representação da autoridade policial (ou requerimento do Ministério Público, acrescentaríamos nós), sempre justificada.

Nos crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51) é previsto o prazo de 10 dias para a conclusão do inquérito, estando preso ou não o indiciado/acusado (art. 10, § 1º).

Obviamente, a superação dos citados prazos de investigação não implicará o encerramento definitivo do inquérito e o seu posterior arquivamento. Trata-se de prazo essencialmente administrativo, voltado para o bom andamento da atividade do Poder Público, ressalvada a possibilidade de *soltura do réu preso*, por excesso de prazo. Por enquanto, na ordem jurídica brasileira, somente a prescrição tem o efeito de encerrar a persecução penal, por desídia ou insuficiência operacional da Administração.

Releva notar, porém, que o prazo de encerramento de inquérito somente apresenta relevância tratando-se de *réu preso*, pois, quando solto, novas diligências poderão ser encetadas após o respectivo prazo, podendo – e devendo – a autoridade judiciária prorrogar o vencimento tantas vezes quanto necessário à conclusão das investigações (art. 10, § 3º, CPP).

Embora o nosso Código em vigor defira ao Judiciário a competência para a prorrogação do prazo para encerramento de inquérito, deve-se observar que o inquérito se dirige exclusivamente à formação da *opinio delicti*, isto é, do convencimento do órgão responsável pela acusação. O juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação, realizada que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada, até então, a jurisdição. Somente quando em disputa, ou em

risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o Judiciário deveria – e deve – manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial de legalidade dos atos administrativos.

Por isso, inadmissível e inconstitucional, por violação ao princípio acusatório, a regra trazida com a Lei nº 11.690/08, que, dando nova redação ao art. 156 do CPP, prevê a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, diligências probatórias no curso da investigação criminal (art. 156, I, CPP). Mais adiante, voltaremos ao tema, por ocasião do estudo da teoria e dos meios de prova.

E é justamente a preocupação com a proteção de interesses públicos relevantes, como o direito à tutela da imagem, bem como com a efetividade da jurisdição penal, que justifica a adoção do sigilo na elucidação dos fatos (art. 20, CPP). Merecedora de elogios, então, a nova redação do art. 201, CPP, dada pela Lei nº 11.690/08, na parte em que impõe ao juiz o dever de preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, via segredo de justiça (§ 6º). Em um e outro caso, fica ressalvada a atuação de advogado devidamente habilitado.

Impende salientar que, embora o exercício da advocacia seja mesmo indispensável à defesa dos interesses de quem se achar submetido à persecução penal (aqui, na fase pré-processual), podendo o advogado, como regra, ter acesso aos autos do inquérito policial, o fato é que, se a investigação assim o exigir, será perfeitamente aceitável a restrição ao aludido acesso, quando for a hipótese de realização (representação à autoridade judicial) de provas de natureza cautelar e, por isso, urgentes (RMS – 12.754 – STJ – 24.3.2003). Por essa razão, não surpreende a decisão da Suprema Corte, que autorizou o acesso de advogado a autos de inquérito policial (HC nº 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 10.8.2004).

É nesse sentido também julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se ressalta o entendimento no sentido de que o direito à informação do investigado, e, consequentemente, do advogado, não é absoluto e devem ser conciliados para preservar as garantias constitucionais de terceiros. Nesse contexto, destacou o Min. Arnaldo Esteves Lima que

"o acesso conferido aos procuradores não é irrestrito, restringindo-se aos documentos já disponibilizados nos autos que se refiram apenas ao cliente específico, sendo vedado o acesso a dados pertinentes a outras pessoas. A concessão sem quaisquer reservas ofenderia o direito de terceiros à intimidade e à inviolabilidade de sua vida privada e prejudicaria a satisfatória elucidação dos fatos supostamente criminosos ainda em apuração" (HC nº 65303/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, *DJ* de 20.5.2008).

Trata-se de questão já consolidada. Mais, ainda: *vinculante*, como se vê da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte texto:

"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."

De observar que, (a) precipitada a enunciação da Súmula, porquanto ausentes, ainda, os elementos justificadores da súmula vinculante (jurisprudência consolidada); (b) passível de leituras equivocadas, quanto à pretensão do texto: elementos indiciários *já documentados nos autos* podem servir de base ao requerimento de *novas diligências cautelares*, das quais se deva guardar sigilo. Nem sempre se pode afirmar que a juntada de elemento de prova implique a desnecessidade de sigilo; e (c) a referência ao exercício do direito de defesa parece-nos impertinente. Afinal, não se exige o contraditório na investigação, não é mesmo? Impedir a prática de *investigações sigilosas* ou em estado permanente de *segredo* é uma coisa; outra é confundir modelos de investigação adotadas na ordem jurídica e referendados pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

A mudança no Estatuto da OAB promovida pela Lei nº 13.245/16 segue a mesma lógica, expressando (art. 7º, §11) que o acesso aos elementos de prova relacionados à diligência em andamento e ainda não documentada pode ser restringido pela autoridade que preside a investigação, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade da diligência.

De outro lado, embora não nos pareçam necessárias maiores especificações acerca das diligências investigatórias que podem ser adotadas pela autoridade policial, cumpre assinalar pelo menos os seus limites.

Assim, de ordinário, as providências vêm explicitadas nos arts. 6º a 23 do CPP,

incluindo inquirições das testemunhas, das vítimas e dos supostos autores, acompanhadas de eventuais acareações, bem como a realização de perícias e reconhecimentos de pessoas. Diligências também apontadas na Lei nº 12.830/13 (art. 2º, § 2º).

No entanto, a adoção de quaisquer providências que estejam protegidas pelas cláusulas da reserva da jurisdição, isto é, que digam respeito ao tangenciamento dos direitos fundamentais das pessoas, deverá vir precedida de ordem judicial. Com isso, mandados de busca e apreensão de coisas e/ou pessoas, interceptações telefônicas e/ou de dados, gravações ambientais, e, assim, qualquer invasão das inviolabilidades constitucionais (direito à honra, à imagem, à privacidade, à intimidade etc., art. 5º, X, XI e XII) dependem de ordem judicial, ressalvados os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º, Constituição da República), bem como a quebra de sigilo bancário por outras autoridades, nos termos e limites que veremos no capítulo reservado a determinados meios de prova (9.1.4.1).

Pensamos não ser esse o caso, todavia, da regra instituída pela Lei nº 13.344/16, que inseriu no Código de Processo Penal o art. 13-A, autorizando a autoridade policial e o Ministério Público a acessarem diretamente, isto é, sem ordem judicial (*mas somente quando se tratar de crime previsto no rol específico deste dispositivo, todos relacionados à privação de liberdade da vítima!*), os dados cadastrais da vítima ou de suspeitos junto a qualquer órgão do poder público ou de empresas da iniciativa privada. Note-se que a norma é ainda mais extensa que as previsões contidas no art. 17-B, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem), e art. 15, da Lei nº 12.850/13 (Organizações Criminosas), posto que ambas restringiam o acesso a dados exclusivamente associados à qualificação pessoal, filiação e endereço, e somente junto à Justiça Eleitoral, às empresas de telefonia, aos provedores de internet, às instituições financeiras e às administradoras de cartão de crédito.

Outra regra agora inserida no Código de Processo Penal, através do art. 13-B afirma que, nos crimes associados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, *mediante autorização judicial*, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicação e/ou telemática que

disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso. Há ressalva expressa de que não se permitirá acesso a conteúdo de comunicação de qualquer natureza (para tal se exigiria autorização judicial na forma da lei), e de que a prestadora de telefonia móvel celular deve fornecer a informação pelo prazo máximo de 30 dias (renovável uma única vez por igual tempo. Período superior a este requer ordem judicial). Ainda quanto a esse procedimento, o dispositivo em tela fixa o prazo de 72 horas para que o inquérito policial seja formalmente instaurado, a contar do registro da respectiva ocorrência policial. Por fim, prevê-se que caso não haja manifestação judicial no prazo de 12 horas, as empresas de telecomunicações ou telemáticas deverão disponibilizar imediatamente os meios técnicos que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos – ao que o juiz deve ser comunicado de imediato.

Ainda que nos pareça inusitado considerar o silêncio do juízo como uma forma de *autorização tácita*, a regra nada tem de ilegal. Isso porque as informações requeridas se referem exclusivamente à localização física das vítimas ou suspeitos, não importando em invasão ao conteúdo das comunicações envolvidas. Ainda que se possa considerar que os dados prestados ofendem, em certa intensidade, a intimidade dos sujeitos em questão, há de se levar em conta que estamos falando de crimes gravíssimos (equiparados aos hediondos, nos termos e condições do art. 12 da Lei 13.344/16 – para fins de livramento condicional), ligados à privação de liberdade das vítimas. Uma ponderação rasa já aponta a prevalência do interesse investigativo, no caso. Mais ainda: a legislação foi cuidadosa o suficiente para mesmo assim exigir autorização judicial, autorizando a ordem direta apenas para o caso de omissão do juízo – perfeitamente explicável ao se considerar que o crime de tráfico de pessoas possui, ordinariamente, caráter transnacional, daí a premente urgência. Como se não bastasse, a previsão de imediata comunicação da medida ao juiz permite que eventuais abusos sejam coibidos, ainda que *a posteriori*.

A nosso aviso, não se terá aí violação ao direito à privacidade, ao menos ao nível da proteção constitucional. Note-se que sequer o direito ao silêncio pode ser

manejado para legitimar eventual falsidade das informações acerca da qualificação pessoal do investigado/ acusado. Uma coisa é a versão que ele apresenta sobre os *fatos*; outra, as informações sobre sua identificação civil.

De modo que, parece-nos, não se poderá opor a esses agentes da persecução a exigência de ordem judicial para o aludido esclarecimento (da identificação civil).

Se não vemos problema em relação ao quanto contido no citado art. 17-B, não há como recusar a evidente inconstitucionalidade da regra instituída pelo art. 17-D, acrescentada pela Lei nº 12.683/12, no ponto em que essa *determina o afastamento* do servidor público que for *indiciado* pela autoridade policial no curso do inquérito.

Aliás, nem se faz necessário qualquer esforço de argumentação. *Indiciamento* é ato de convencimento pessoal da autoridade investigante. Nada mais. Inquérito policial é procedimento administrativo realizado *sem contraditório* e sem a *participação* da defesa. Como se poderia pensar no afastamento do servidor de cargo público *pelo juízo de antecipação de culpa* da autoridade policial? Nem o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e seu eventual recebimento pelo juiz poderiam cumprir tal missão: não há ato de coerção estatal que dispense a *fundamentação da necessidade*. Patente e evidente a inconstitucionalidade do dispositivo.

De se ver, no particular, que nosso ordenamento jurídico exige *ordem escrita e fundamentada* de autoridade *judicial* para a imposição de medida cautelar pessoal de suspensão do exercício de função pública, *quando absolutamente necessário* às finalidades de proteção da investigação ou do processo (art. 319, VI, CPP). Seria preciso acrescentar algo?

O Supremo Tribunal Federal, como não poderia deixar de ser, reconheceu, na ADI 4911, a dissonância entre esta norma e a Carta da República, reputando-a inconstitucional, o que já vínhamos defendendo desde sempre (ADI 4911, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, publicado em 20.11.2020).

De outro lado, a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que cuida da proteção da mulher contra a Violência Doméstica e Familiar, também desce a detalhes (art. 12) no que respeita às providências policiais cabíveis na apuração e prevenção dos delitos

ali alinhados (arts. 5º e 7º).

Assinale-se, ainda, que a diligência conhecida como *reconstituição dos fatos* (art. 7º, CPP) não pode deixar de ser questionada, em face de possível violação do princípio da inocência e até em face do constrangimento a que pode ser submetida a pessoa, se e quando a diligência tiver de ser realizada em ambiente público, conforme veremos mais adiante (9.2.1.2).

Cumpridas as diligências investigativas, poderá a autoridade policial promover o *indiciamento* daquele que entender autor ou partícipe do crime. A medida, que implica juízo de valor do Delegado de Polícia, será devidamente fundamentada, segundo o disposto no art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/13, não vinculando, obviamente, o responsável pelo juízo acusatório (ou de arquivamento, se for o caso).

Por último, a Lei nº 12.037, de outubro de 2009, modifica o regime de identificação criminal daquele civilmente identificado. Referida lei foi alterada pela Lei nº 12.654/12, que instituiu a identificação criminal genética, e, posteriormente, pela Lei nº 13.964/19. Mais diremos sobre ela no tópico relativo às intervenções corporais (9.2.1.2).

4.1.2 Poder de polícia e representação ao juiz: capacidade postulatória?

No âmbito de uma teoria geral do processo – que não deve abarcar as linhas essenciais do processo penal –, é comum indagar-se acerca da capacidade postulatória daquele que vai a juízo requerer o que quer que seja. Não só capacidade postulatória; também a *legitimidade de parte e interesse de agir*. Teria a polícia judiciária capacidade *postulatória*?

A resposta a essa indagação não nos parece possível sem a delimitação prévia da perspectiva teórica com que se vê e se aplica o processo penal. Para quem ou aqueles que entendem que o processo penal deve se submeter às determinações (teóricas!) de uma teoria geral do processo, a polícia não poderia *postular* qualquer medida cautelar, na exata medida em que o processo *principal (ação penal)* reserva a

titularidade ao Ministério Público. É nesse sentido a posição da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, conforme decisão no Procedimento MPF – 1.00.001.000095/2010-86, julgado em 2.12.2010.

Com o devido respeito a todos, não aderimos e nem passamos perto de uma tal concepção.

Em primeiro lugar, *temos Lei*: e não só, temos também Constituição. E essa não só atribui a função de investigação à polícia judiciária (não só a ela, como veremos!), nos termos do disposto no art. 144, § 1º e § 4º, como não *subordina a atuação policial* ao Ministério Público. Com efeito, a previsão do *controle externo* da atividade policial (art. 129, VII, CF) não esclareceu os *limites* de tal controle e nem inseriu uma *autonomia investigativa* ao *parquet*.

A nosso aviso, *deveria ter feito isso*! Em inúmeros ordenamentos, a investigação é *controlada* pelo Ministério Público, sobretudo por caber a este a formação da *opinio delicti* e a produção da prova em juízo.

No entanto, uma coisa é a *definição* da *melhor escolha* de política legislativa; outra é a *interpretação* daquela efetivamente realizada. Não é porque julgamos uma opção como sendo a melhor que nossos critérios hermenêuticos devam se submeter a esta preferência. Até porque a leitura do texto constitucional (e das leis) não pode excluir a *alteridade* (os outros leitores), sob pena de *autismo interpretativo*.

Não bastasse, nossa legislação processual penal autoriza a representação policial ao juiz para a adoção de medidas acautelatórias na fase de investigação, conforme se encontram em vários dispositivos do Código de Processo Penal e em legislações especiais. Não se queira aí vislumbrar *inconstitucionalidades* ou incompatibilidades com a ordem de 1988. Nada há na Constituição da República que submeta o processo penal brasileiro às categorias do processo civil.

E mais. Não se pode dizer que as medidas *cautelares* do processo penal configurem, rigorosamente, *processos cautelares*, a exigir *parte legítima, capacidade postulatória e outros*. São providências *acauteladoras*, é certo, mas sem quaisquer requisitos *legais* que as equiparem ao processo cautelar de nosso processo civil. A

polícia judiciária (que, aliás, deveria ser *ministerial*) tem legitimidade para pleitear a concessão judicial de diligências cautelares (interceptação telefônica, prisão cautelar, busca e apreensão etc.), independentemente da concordância prévia do Ministério Público.

Uma vez encerradas as investigações, contudo, poderá o *parquet* requisitar – isso mesmo, *requisitar!* – a adoção de outras diligências que lhe pareçam necessárias à formação de sua *opinio delicti*, até mesmo por força de um *controle externo mínimo* da atividade investigatória. E essas diligências não se submeterão também a qualquer juízo de pertinência ou oportunidade por parte da autoridade policial, que deverá cumpri-las tais como *requisitadas*.

4.1.3 Arquivamento

Encerradas as investigações, não podendo a polícia judiciária emitir qualquer juízo de valor – a não ser aquele meramente opinativo, constante do relatório de encerramento do procedimento (art. 10, §§ 1º e 2º, CPP) – acerca dos fatos e do direito a eles aplicável, isto é, a respeito de eventual ocorrência de prescrição ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade, bem como acerca da suficiência ou insuficiência da prova, da existência ou inexistência de crime, os autos de inquérito deverão ser encaminhados ao Ministério Público, que poderá adotar as seguintes providências:

a) oferecimento, desde logo, da denúncia;
b) devolução à autoridade policial, para a realização de novas diligências, indispensáveis, a seu juízo, ao ajuizamento da ação penal;
c) requerimento de arquivamento do inquérito, seja por entender inexistente o crin (atipicidade, ou pela ausência de quaisquer dos demais elementos que constituem a habitual conceituação analítica do crime – ilicitude e culpabilidade), seja por acreditar insuficiente o material probatório disponível (ou ao alcance de novas diligências), no que se refere à comprovação da autoria e da materialidade.

Frise-se, desde já, que a Lei 13.964/19 promoveu relevante alteração no âmbito do controle de legalidade do *arquivamento*, que, agora, não passaria mais pelo crivo do Poder Judiciário, ressalvada a competência para o *trancamento* de investigação, quando se tratar de constrangimento ilegal praticado pela autoridade policial. Todavia, a eficácia desta norma se encontra suspensa, como já mencionado.

Ali se prevê que o arquivamento determinado pelo membro do Ministério Público oficiante – de IPL ou de outros elementos de informação – seja submetido de ofício ao órgão de revisão do *parquet*, para fins de homologação, não mais passando pelo juiz.

O Projeto de Novo CPP não contemplava a revisão*obrigatória* da decisão de arquivamento. E o fazia – e faz – acertadamente, pois será certamente um tumulto desnecessário a remessa obrigatória de todo arquivamento de inquérito aos órgãos de revisão, seja para fins de homologação, seja para fins de discordância e designação de outro membro para a denúncia ou para o prosseguimento das investigações. Aliás, é precisamente este o fundamento utilizado para a suspensão do novo artigo do CPP, o que não se aplicaria à proposta originalmente formulado no projeto do novo Código.

Encerrado o *aparte*, voltemos à *ainda vigente* configuração do arquivamento de inquérito policial.

Ao requerimento alinhado na última hipótese, abrem-se duas vias possíveis ao juiz.

Concordando ele com o pedido formulado pelo órgão do Ministério Público, será determinado o *arquivamento* dos autos, somente podendo ser reabertas as investigações a partir do surgimento de *novas provas*, isto é, de provas não integrantes do acervo recolhido durante o inquérito (art. 18, CPP). Tal modalidade de decisão denomina-se *arquivamento direto*, com eficácia preclusiva típica de coisa julgada formal, na medida em que impede, *diante daquele conjunto probatório*, a rediscussão ou novas investidas sobre os fatos.

A questão relativa à qualidade da decisão judicial que determina o arquivamento do inquérito provoca algumas perplexidades, tendo sido já objeto de controvérsia na doutrina e até mesmo de indagações em concursos públicos federais. Uma das

argumentações possíveis é no sentido de não se tratar rigorosamente de *decisão judicial*, com o que não se poderia falar em coisa julgada formal.

Assim não nos parece, todavia.

Ora, se é verdade que o Código de Processo Penal trata como *despacho* a decisão que determina o arquivamento do inquérito (art. 67, I), deve-se observar que o mesmo Código atribui efeitos *idênticos* à *decisão* (e não despacho!) que impronuncia o réu nos procedimentos do Tribunal do Júri (art. 414, parágrafo único, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.689/08). Então, se o que é relevante é a constatação de existência de *prova nova* tanto para a reabertura da investigação (do inquérito) quanto para a instauração de nova ação penal contra o réu (nos procedimentos do Júri), não vemos por que não se atribuir os mesmos efeitos a uma e outro, decisão ou despacho.

De se ver, então, que o arquivamento do inquérito gera *direito subjetivo* ao investigado, em face da Administração Pública, na medida em que a reabertura das investigações está *condicionada* ou *subordinada* à existência de determinado fato e/ou situação concreta (art. 18, CPP). E, se assim é, referido ato do Judiciário não deixa de ser uma *decisão*, com *efeitos jurídicos* sobremaneira relevantes. E mais: caracteriza-se também como *decisão* dado que, ao juiz, em tese, caberia providência diversa, ou seja, discordar do requerimento de arquivamento (art. 28, CPP) e submeter a questão ao exame da chefia da instituição do Ministério Público. Não se trata, pois, de mero despacho de impulso ou de movimentação.

Por outro lado, a Lei nº 11.719/08 inovou em tema de decisões judiciais. Assim, não se prevê mais a simples extinção da punibilidade, mas a absolvição sumária do réu, após a apresentação de defesa escrita (art. 397, IV, CPP). Um problema: estando convencido o Ministério Público acerca da presença de causa extintiva da punibilidade, deveria ele oferecer denúncia, com o fim de possibilitar a absolvição sumária?

Obviamente que não.

Em tais situações, deverá ele requerer o *arquivamento* do inquérito ou das peças de informação, evitando-se uma imputação que jamais chegará a resultado algum. E aqui há mesmo mudança, já que, antes, o Ministério Público não requeria o

arquivamento, mas o reconhecimento expresso, por decisão judicial, da extinção da punibilidade (art. 61, CPP).

A solução do requerimento de arquivamento nos parece a alternativa mais racional, até porque, nos termos do novo rito, o juiz, antes da absolvição sumária, deve mandar citar o acusado (art. 396, CPP) para a apresentação de defesa escrita, o que tornaria o procedimento muito mais oneroso (incluindo a necessidade de indicação de defensor). Nesse caso, o arquivamento, então, do mesmo modo que ocorre com o reconhecimento antecipado da *atipicidade*, gerará eficácia preclusiva de coisa julgada material.

Nesse ponto, remetemos o leitor ao exame que fizemos do princípio da vedação da revisão *pro societate, retro*, no qual assentamos que, independentemente da fase procedimental, incluindo a fase de investigação, e independentemente de sua *designação legal*, a decisão judicial que *resolver* a questão de mérito do caso penal produzirá efeitos de *coisa julgada material*, ainda que proferida por juiz absolutamente incompetente. É esse o caso do *arquivamento*, quando fundado em *atipicidade* ou em *extinção da punibilidade*, hipóteses de absolvição sumária do art. 397, III e IV, CPP.

Poder-se-ia pensar na decisão de absolvição sumária para tais situações, sem a adoção das providências antes mencionadas, isto é, sem o oferecimento de denúncia e sem a citação do réu. No entanto, como absolver-se aquele que não é acusado de nada?

Vamos a um problema prático.

Promotor de Justiça requer o arquivamento de inquérito perante Juiz de Direito, junto ao qual ele oficia. Arquivado o inquérito, os fatos são noticiados ao Procurador da República, que entende que o crime em questão seria da competência *federal*, e não *estadual*. O que fazer?

Em primeiro lugar, impõe-se observar que nem o Procurador da República nem o Juiz Federal ocupam qualquer posição privilegiada ou, de algum modo subordinante, em relação a seus colegas estaduais, o Promotor de Justiça e o Juiz de Direito,

respectivamente. Portanto, não se pode afirmar que eles estejam em melhores condições para qualificar como *federal* ou *estadual* esse ou aquele crime.

Exatamente por isso, havendo conflito entre juízes não vinculados ao mesmo Tribunal, caso de Juiz Federal e Juiz de Direito, somente o Superior Tribunal de Justiça poderá resolvê-lo, por força do disposto no art. 105, I, *d*, da CF. E assim é, pela mesma razão de ordem lógica: o Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal encontram-se no mesmo plano hierárquico de jurisdição. Por isso, nem um deles pode sobrepor-se ao outro. Já o Superior Tribunal de Justiça posiciona-se acima de ambos – exclusivamente em relação à questão de hierarquia jurisdicional – e, por essa razão, pode afirmar a competência de um ou de outro.

A solução do caso reclama a fixação de uma premissa básica: a inexistência de *coisa julgada material* sobre a decisão, o que ocorreria se o respectivo conteúdo decisório abrangesse as questões de mérito aqui já apontadas (atipicidade e extinção da punibilidade). Tratando-se de arquivamento *por falta de provas*, por exemplo, sabe-se que o inquérito poderia ser reaberto com o surgimento de novo material informativo (art. 18, CPP).

Assim, o que deveria fazer o membro do Ministério Público Federal?

Para nós, nada o impede de se *manifestar* sobre o conteúdo do inquérito diretamente perante o juiz federal, ainda que não tenham surgido novas provas. Trata-se de questão atinente *à atribuição constitucional* para o exercício da ação penal, não decidida e não acobertada pela coisa julgada na decisão de arquivamento proferida pelo juiz materialmente incompetente.

Naturalmente, a partir dessa manifestação é que o caso poderá apresentar novos desmembramentos.

É que podem surgir daí:

a) um *conflito de atribuição* entre os membros do Ministério Público Federal e Estadual, se o juiz federal recusar competência para o inquérito;
b) um *conflito de jurisdição* entre os juízes envolvidos; o juiz estadual, que determinou o arquivamento, afirmando sua competência, e o juiz federal, que

se pronunciasse sobre a manifestação do Ministério Público Federal, reconhecendo sua competência.

As respostas a essas questões serão analisadas no momento e local adequados. Ver, adiante, itens 4.1.3.2. e 8.3.

Outro problema prático relativo à decisão de arquivamento: caberia recurso da decisão de arquivamento (por parte de outro membro do mesmo *parquet*), ou de outro interessado (possível e futuro *assistente*), contra a decisão de arquivamento?

Pensamos que não. Mas não porque não se trate de *decisão*, até porque o próprio Código de Processo Penal contempla diversas outras hipóteses de decisões *irrecorríveis*, ao menos no âmbito dos chamados recursos *nominados*.

Parece-nos que, nesse caso, o juízo *negativo* do Ministério Público (no sentido do arquivamento) somente poderia ser confrontado por outro (juízo) emanado de órgãos especificamente previstos em lei, tais os casos do Procurador-Geral de Justiça (art. 28, CPP), no âmbito estadual, e das Câmaras de Coordenação e Revisão (art. 62, Lei Complementar nº 75/93), no âmbito do Ministério Público Federal. É dizer: é a própria legislação (CPP e Lei Complementar nº 75/93) que aponta o órgão ministerial responsável pela *revisão* do posicionamento então revelado, em primeira ou segunda instância.

Quanto ao assistente, ele não poderá recorrer pela simples razão de que tal figura processual (a assistência) somente poderá ter lugar *no curso da ação penal*, isto é, quando já recebida a denúncia (art. 268, CPP).

Interessante julgado da Corte Especial do STJ (Inq 967/DF, Rel. Min. Humberto Martins, 30.03.2015) anota que, quando um membro do MPF, atuando no STJ, requer o arquivamento do inquérito policial (ou de qualquer peça de informação) que tramite originariamente perante aquele Tribunal, o arquivamento se faz obrigatório. Não há possibilidade de o juízo remeter o requerimento ao Procurador-Geral da República, nos moldes do art. 28 do CPP, pois entende-se que a atuação de membro do MPF na instância especial se dá por delegação dessa autoridade.

Observe-se, ainda, que a decisão de arquivamento do inquérito ou das peças de informação deve ser sempre *explícita*, para tornar indiscutível a matéria (salvo com o surgimento de novas provas), a tanto não se prestando o simples recebimento da denúncia em relação apenas aos indiciados incluídos pelo Ministério Público na peça acusatória. Assim, quando houver indiciado não incluído naquela, cumpre ao magistrado renovar a vista ao órgão do *parquet* para manifestação expressa sobre a exclusão, não se admitindo *arquivamento implícito*. (Nesse sentido, decisão da Suprema Corte: RHC 95141/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 6.10.2009).

Se o Ministério Público entender inexistir a apontada coautoria e/ou participação e não aditar a inicial, o juiz deve dar prosseguimento ao processo, remetendo cópias do expediente ao órgão de revisão do Ministério Público (art. 28, CPP, e art. 62, Lei Complementar nº 75/93) para que não haja prejuízo à persecução (risco de prescrição).

Continuando.

Se o juiz discordar da manifestação ministerial, recusando-se a promover o arquivamento dos autos, estes devem ser encaminhados à chefia da instituição, nos termos do art. 28 do CPP. Se o Procurador-Geral de Justiça entender tratar-se de hipótese de denúncia, deverá ele mesmo oferecê-la, ou designar outro membro para, em seu nome, apresentá-la. É possível também que lhe pareça conveniente o retorno dos autos à autoridade policial para nova colheita de provas, deixando de opinar conclusivamente sobre a matéria. Mesmo nesta hipótese, deverá ser designado novo membro do *parquet*, preservando-se a independência funcional do primeiro.

De se ver, ainda, que o órgão designado age por delegação (*longa manus*) do Procurador-Geral, razão pela qual não pode manifestar seu convencimento pessoal sobre a matéria, no que respeita, especificamente, ao âmbito estrito da delegação. E exatamente por isso os limites da delegação devem ser fixados expressamente na manifestação do órgão de revisão. Quanto ao mais, o membro designado atuará com inteira liberdade, mesmo em relação a fatos até então não apreciados.

De outro lado, se o Procurador-Geral aderir à manifestação feita pelo órgão do *parquet* de primeira instância, o juiz é então *obrigado* a determinar o arquivamento

do inquérito.

No âmbito do Ministério Público Federal, as providências antes mencionadas seguem outro destino. É que, nos termos do art. 62 da Lei Complementar nº 75/93, compete à Câmara de Coordenação e Revisão Criminal manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial ou peças de informação, à exceção das hipóteses de competência originária do Procurador-Geral, isto é, nos casos de ações penais que devam ser ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal e perante o Superior Tribunal de Justiça (arts. 46 e 48, Lei Complementar nº 75/93).

Pode-se fazer aqui uma pequena observação. A Lei Complementar nº 75/93, no ponto em que estabelece a atribuição do Procurador-Geral da República para as ações penais originárias da competência do Superior Tribunal de Justiça, quebra inteiramente a *simetria de funções* executadas pelo Ministério Público Federal perante o Judiciário Federal. Enquanto o Procurador da República atua perante o Juiz Federal, os Procuradores Regionais da República atuam perante os Tribunais Regionais Federais e o Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, por que razão os Subprocuradores-Gerais da República, último grau da carreira, não atuariam *originariamente* nas ações penais perante o STJ, fazendo-o somente por *delegação* do Procurador-Geral da República? Qual a razão de *direito*?

De todo o exposto, conclui-se que, em matéria penal, cabe ao Ministério Público dizer *definitivamente* acerca do não ajuizamento de ação penal, isto é, em relação ao arquivamento de inquéritos policiais ou de peças de informação.

Até mesmo perante a Suprema Corte, uma vez requerido o arquivamento, a conclusão é a mesma: o Supremo Tribunal Federal estará compelido a determinar a providência assim encaminhada (Pet. 2.509, AgR/MG e Pet. 2.820 Agr/RN, Rel. Min. Celso de Mello, em 18.2.2004).

Uma última indagação: poderia o membro do Ministério Público, antes da manifestação judicial, retratar-se do pedido de arquivamento?

A essa pergunta respondeu *negativamente* o Supremo Tribunal Federal, ao fundamento de que, manifestado o pedido de arquivamento do Procurador-Geral da

República, o seu eventual sucessor não poderia retratar-se do entendimento já encaminhado, quando ausentes *novas provas* (STF – Inq. nº 2.028/BA, Rel. para o acórdão Mins. Joaquim Barbosa, em 28.4.2004). Restaram vencidos os eminentes Mins. Celso de Mello e Ellen Gracie, ao entendimento de que, como titular da ação penal, o Ministério Público deve decidir sobre a sua viabilidade.

Pensamos que, na hipótese dada, a Suprema Corte não trilhou o melhor caminho. O *fato jurídico* que impede a reabertura do inquérito e, assim, *indiretamente*, a *retratação* da pretensão de arquivamento, é exatamente a *decisão judicial* nesse sentido. Inexistente esta, a manifestação anterior não poderia se encontrar acobertada por efeitos preclusivos, mesmo de ordem temporal. Ficamos, no ponto, com os votos vencidos. Mas não há como negar: a questão é mesmo complexa, tendo em vista que, como bem se fundamentou na decisão, a vontade manifestada no sentido do arquivamento era a expressão da vontade da *instituição*, e não de seu eventual ocupante.

4.1.3.1 Arquivamento indireto

Também merece registro a hipótese em que o órgão do Ministério Público, em vez de requerer o arquivamento ou o retorno dos autos à polícia para novas diligências, ou, ainda, de não oferecer a denúncia, manifesta-se no sentido da *incompetência do juízo* perante o qual oficia, recusando, por isso, atribuição para a apreciação do fato investigado.

É o que ocorrerá, por exemplo, no âmbito da Justiça Federal, quando o Procurador da República entender que o crime acaso existente não se inclui entre aqueles para os quais ele tem atribuição, ou seja, que a hipótese não configura, em tese, crime federal, e sim estadual.

Em tais circunstâncias, ele deverá recusar atribuição para o juízo de valoração jurídico-penal do fato, requerendo ao juiz que seja declinada a competência para a Justiça Estadual, com a posterior remessa dos autos a este juízo, para encaminhamento ao respectivo Ministério Público estadual.

Abrem-se, então, duas hipóteses:

a) concordando com a manifestação ministerial, o juiz declina de sua competência e remete os autos ao órgão jurisdicional competente, não havendo, pois, qualquer problema a ser solucionado;
b) não concordando com o Ministério Público, isto é, *afirmando* o Juiz Federal a sua competência para a apreciação do fato e reconhecendo, assim, a existência de crime federal, a solução da questão apresenta certa complexidade.

Isso porque, não podendo o juiz obrigar o Ministério Público a oferecer denúncia, não se apresenta a possibilidade de incidente de exceção de incompetência, o que poderia permitir a solução do dissenso no âmbito do próprio Judiciário.

Estabelece-se, como se vê, um conflito entre órgão do Ministério Público e o órgão da jurisdição, não havendo norma legal específica prevendo qualquer solução para o problema.

Assim, e a partir de parecer do ilustre e então Subprocurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles (1996, p. 393-401), o Supremo Tribunal Federal elaborou curiosa construção teórica, com o único objetivo de viabilizar um controle, em segunda instância, dos posicionamentos divergentes entre o órgão do Ministério Público e o juiz. Pensou-se, então, no arquivamento *indireto*, segundo o qual o juiz, diante do não oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, ainda que fundado em razões de *incompetência jurisdicional*, e não na inexistência de crime, deveria receber tal manifestação como se de arquivamento se tratasse. Assim, ele deveria remeter os autos para o órgão de controle revisional no respectivo Ministério Público (o Procurador-Geral de Justiça, nos Estados – art. 28, CPP –, e a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – art. 62, Lei Complementar nº 75/93). Daí falar-se em pedido *indireto* de arquivamento, ou de arquivamento *indireto*.

Como consequência, o juiz estaria e estará subordinado à decisão da última instância do *parquet*, tal como ocorre em relação ao *arquivamento* propriamente dito,

ou o arquivamento *direto*.

Cabe objetar, porém, o seguinte: como o não oferecimento da peça acusatória não constitui *provocação da jurisdição*, que somente surge com a *denúncia* ou com *queixa*, na ação privada, não deveria o juiz, nessa fase, discutir questões ligadas às atribuições ministeriais. Deveria ele deixar a solução da questão ao âmbito do Ministério Público, seja pela concordância entre aqueles envolvidos, seja por meio do conflito de atribuições, que veremos a seguir.

4.1.3.2 Conflito de atribuições no âmbito do Ministério Públi

Por *conflito de atribuições*, então, deve-se entender a divergência, estabelecida entre membros do Ministério Público, acerca da responsabilidade ativa para a persecução penal, em razão da *matéria* ou das regras processuais que definem a distribuição das atribuições ministeriais, a partir do cometimento de fato supostamente definido como crime.

Quando o conflito de atribuição se estabelece entre órgãos do Ministério Público do mesmo Estado, não há qualquer problema para a sua solução. Caberá ao respectivo Procurador-Geral de Justiça, ou mesmo a outro órgão colegiado que integra a hierarquia superior da instituição, resolver a questão. Se no âmbito do Ministério Público Federal, entre Procuradores da República (ou entre estes e Procuradores Regionais da República, por exemplo), caberá à Câmara de Coordenação e Revisão, com recurso para o Procurador-Geral da República (arts 62, VII, e 49, VIII, Lei Complementar nº 75/93).

Problema de maior envergadura surgiria quando de eventual conflito de atribuições entre membro do Ministério Público Federal (Procurador da República) e membro do Ministério Público do Estado; ou, ainda, entre membros do Ministério Público de Estados diferentes.

Houve tempo em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal preferia cuidar da matéria como *conflito de jurisdição*, ao entendimento de que a simples tramitação do inquérito policial perante os juízes envolvidos já significaria o

encampamento, por eles, das manifestações ministeriais em dissenso. Nesse caso, a questão seria resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *d*, CF).

Posteriormente, contudo, as coisas transcorreram de outro modo.

Se a divergência era *apenas* entre os membros do *parquet*, seja quando os juízes envolvidos (aqueles, perante os quais oficiam os órgãos do Ministério Público em divergência) tivessem silenciado quanto à matéria, seja, de outro lado, quando estivessem eles de acordo quanto à competência de um ou de outro, caberia ao Supremo Tribunal Federal resolver a pendenga. É dizer, nem mesmo o *encampamento* das posições ministeriais pelos respectivos juízes implicaria conflito de *jurisdição*!

Em síntese: conflito de atribuições entre Ministérios Públicos diferentes deveria ser resolvido pelo Supremo Tribunal Federal, como se a questão tratasse de uma *causa entre União e Estado, ou entre Estados*, consoante os termos do art. 102, I, *f*, da CF; conflito de jurisdição entre juízes vinculados a tribunais diferentes seriam solvidos pelo Superior Tribunal de Justiça. E ponto.

De nossa parte, não aderíamos a esta posição do Supremo Tribunal Federal na matéria.

Pensamos que semelhante orientação não guardava simetria com os processos de apuração da jurisdição competente, no plano da hierarquia jurisdicional e da identificação do juiz natural, oferecendo soluções distintas para hipóteses que partem da mesma premissa: a divergência quanto à competência jurisdicional. Afinal, a atribuição do Ministério Público exerce-se *perante a jurisdição*. Fosse a hipótese de atividade a ser desenvolvida por um ou outro membro do Ministério Público, federal e estadual, *fora da jurisdição*, isto é, providências unicamente *administrativas*, aí, sim, estaria correta a decisão da Suprema Corte, sobretudo porque a hipótese de afirmação de competência do art. 102, I, *f*, faz referência expressa a conflitos entre *as respectivas Administrações*, inclusive, as *indiretas*.

Assim, continuamos insistindo que o conflito de atribuição entre Procurador da República e Promotor de Justiça *deveria* (mas não é!) ser solucionado, em última instância, pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se tratar de divergência acerca de matéria a ser *submetida ao Judiciário*. E isso porque, uma vez proposta a ação (se

não houver dissenso no *parquet*), eventual divergência entre os juízes acerca da competência jurisdicional seria solvida pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça.

Atualmente prevalece no Supremo Tribunal Federal, porém, outra tese sobre a matéria, segundo a qual caberia ao Procurador-Geral da República resolver os citados conflitos de atribuições (entre membros de Ministérios Públicos diferentes).

E dela divergimos também.

É que o Procurador-Geral da República não ocupa qualquer posição (administrativa, funcional ou operacional) hierarquicamente superior aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados. Aliás, de se registrar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a capacidade postulatória de Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados para sustentarem oralmente seus recursos e ações perante aquela Corte (Questão de Ordem na Rcl 7.358/SP). Curiosa decisão, já que é o Procurador Geral da República que tem assento naquele Tribunal. A resolução de conflitos entre autoridades deverá ser atribuída sempre à outra (autoridade) que detenha hierarquia funcional sobre aquelas.

A tese que se sagrou vencedora, encabeçada pelos Ministros Luiz Fux e Teori Zavascki, parte do seguinte raciocínio: se o Ministério Público Federal, seja por meio de sua Câmara de Revisão e de Coordenação, seja pelo Procurador-Geral da República, que é quem tem assento junto àquela Corte, entender não se tratar de crime federal, ou, de outro modo, entender não haver interesse federal, nada pode fazer o Ministério Público estadual quanto a isso (ACO nº 1.567 QO/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 17.8.2016). Portanto, atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a competência para dirimir conflito de atribuição entre órgãos do Ministério Público.

O erro consiste em se pretender tratar a questão criminal da mesma maneira que se decide a competência cível da Justiça Federal. Ali, quando a União recusa o seu interesse, a Justiça Federal perde a competência. As questões são totalmente diferentes, bem se vê. Não se trata de *interesse da União e autarquias*. Trata-se, sim, da definição da natureza do delito, o que é coisa bem diversa.

4.1.4 Inquérito policial e extinção da punibilidade

Por fim, no regime anterior à Lei nº 11.719/08, quando a hipótese fosse de prescrição pela pena em abstrato ou de quaisquer outras causas extintivas da punibilidade, o Ministério Público não deveria requerer o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, mas, sim, o *reconhecimento judicial expresso* da extinção da punibilidade, para o que deveria, também, especificar detidamente em relação a quais fatos ela se estenderia, diante dos efeitos de coisa julgada material que deverá acobertar tais provimentos judiciais (art. 61, CPP).

Nesse terreno, a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, trouxe, no mínimo, alguns problemas com a revogação do art. 43, CPP, como já adiantamos.

Embora tenha acertado na importante distinção entre *questões de mérito e questões preliminares*, separando, nos arts. 395, CPP, e 397, CPP, as decisões judiciais relativas à atipicidade e relativas à extinção da punibilidade (art. 397, III e IV) daquelas atinentes às questões processuais (art. 395 – pressupostos processuais e condições da ação, além da justa causa), a nova legislação não contemplou bem a matéria relativa à decisão que reconhece a extinção da punibilidade.

Ao prever a *absolvição sumária* para a hipótese de extinção da punibilidade, e, mais que isso, a necessidade de apresentação da defesa, com indicação de provas e tudo o mais (art. 396, art. 396-A, CPP), como fase antecedente à decisão de absolvição sumária, surge a dúvida acerca da atuação do Ministério Público, quando diante de situação clara de prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade.

No sistema anterior (à Lei nº 11.719/08), o Ministério Público apenas requeria o reconhecimento judicial da causa extintiva, por meio de sentença ou decisão terminativa, dependendo da classificação adotada (art. 61, CPP). Em todo caso, quando não houvesse necessidade de citação e de apresentação de defesa do réu (prescrição, por exemplo), o Ministério Público sequer apresentava a denúncia, limitando-se à descrição superficial dos fatos que estariam submetidos à extinção da punibilidade.

Atualmente, a primeira impressão é de que o Ministério Público, mesmo

convencido da extinção da punibilidade, estaria obrigado a apresentar a denúncia, e também o juiz, pelas mesmas razões, se veria obrigado a determinar a citação do acusado para a apresentação de defesa, no prazo de dez dias (art. 396, CPP), para só então *absolver sumariamente* o réu (art. 397, CPP).

Ainda que se reconheça o mérito da medida, no ponto em que a apresentação da peça acusatória delimitaria com maior precisão os fatos objeto da extinção da punibilidade, não se pode deixar de reconhecer, porém, que o procedimento pode se tornar extremamente burocrático, com prejuízo a todos. Mais em relação à defesa que propriamente ao dever de apresentação de denúncia pelo Ministério Público. E pior. Com a exigência de citação e de apresentação de defesa escrita, muitas vezes o réu se verá na contingência de ter que contratar advogado, tendo em vista seu desconhecimento técnico sobre a matéria. Procedimento oneroso, desnecessário e dispendioso.

Exatamente por isso somos de parecer que o problema deverá ter o seguinte encaminhamento:

a) quando o Ministério Público entender já prescrito o fato, ou, de qualquer modo, extinta a punibilidade, deverá ele requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, sob tal fundamentação;
b) quando houver o oferecimento de denúncia e, posteriormente, se reconhecer qualquer causa de extinção da punibilidade, a solução será aquela preconizada no art. 396 e no art. 397, com a citação, defesa e absolvição sumária.

E não se estaria aqui criando qualquer novidade radical, no que respeita à natureza preclusiva de uma decisão judicial de arquivamento. Sabe-se, por exemplo, e já aqui o assentamos, que, nas hipóteses de atipicidade manifesta, o Ministério Público deixa de oferecer denúncia e requer o arquivamento do inquérito. E ninguém duvidava e nem duvida de que referida decisão (de arquivamento) tem eficácia preclusiva de coisa julgada material, precisamente em razão do fato de tratar-se de solução do mérito da causa penal.

Entendimento contrário obrigaria o Ministério Público a oferecer denúncia também nas hipóteses de atipicidade manifesta, já que, pela nova sistemática processual, a decisão que a reconhece é igualmente a de *absolvição sumária* (art. 397, IV, CPP). E, convenhamos, essa seria uma alternativa que ignoraria a independência funcional do *parquet*, de fundo constitucional.

E mesmo do ponto de vista dos interesses do investigado – suposto autor – não se pode dizer que uma decisão judicial de absolvição seja socialmente mais revigorante que aquela do arquivamento. Absolvição pressupõe acusação; arquivamento não.

Mas que fique claro. A solução aqui aventada não desconhece o mérito da inovação legislativa e nem a inadequação de um arquivamento fundado em causa de extinção da punibilidade. Todavia, convenhamos: extinção da punibilidade também não significa, rigorosamente, absolvição! Entre duas alternativas defeituosas, ficamos com aquela menos gravosa aos interesses de todos.

E mais. Não tendo havido revogação do art. 61, CPP, que diz que o juiz, a qualquer tempo, poderá reconhecer a extinção da punibilidade, como se daria a decisão, tendo em vista que, em tese, a constatação poderá ocorrer fora da fase prevista no art. 397, CPP?

A nosso aviso, a Lei nº 11.719/08 tinha em mente os julgamentos nos Tribunais, nos quais, em preliminar, se reconhecia e se reconhece a extinção da punibilidade sem o exame do mérito, o que termina por impedir uma possível absolvição em segundo grau, sobretudo quando condenatória a sentença de primeira instância.

Por isso, pensamos que, uma vez ajuizada a ação, deve-se privilegiar a *ratio legis* aqui declinada, impondo-se a decisão de absolvição sumária (art. 397, IV), passível de recurso de apelação (art. 416, CPP). E isso,*independentemente* da fase procedimental. Não negamos a vigência e a validade do art. 61, CPP, mas, segundo nos parece, impõe-se uma unificação dos recursos. Admitir a decisão de simples extinção da punibilidade, ao fundamento de não se encontrar o processo na fase do art. 397, CPP, implicaria tratamento recursal diverso a uma mesma decisão: recurso em sentido estrito, se aplicado o art. 61, CPP; apelação, se aplicado o art. 397, CPP.

Por fim, antes da denúncia, deve o juiz aguardar a manifestação do Ministério Público, no sentido do arquivamento sob tal fundamentação. Evidentemente, não pode o juiz arquivar inquérito sem o requerimento do Ministério Público.

De se ver, também, que, quando se pretender o trancamento de ação penal por meio de *habeas corpus*, com fundamento em atipicidade e/ou extinção da punibilidade, o tribunal deverá *absolver sumariamente* o acusado, valendo-se da parte dispositiva prevista no art. 397, III e IV, CPP.

Ainda sobre o tema da extinção da punibilidade, é importante lembrar que a vigente Lei nº 9.249/95 prevê, em seu art. 34, a extinção de punibilidade dos crimes contra a ordem tributária quando o pagamento do débito ocorrer antes do recebimento da denúncia. Aos olhos do Superior Tribunal de Justiça, pouco importa se o pagamento foi total ou parcial (parcelamento, por exemplo), para que haja a extinção da punibilidade:

"1. Conforme lição do Ministro Nilson Naves, relator do AgRg no REsp 784.080/PR, o tema referente à extinção d punibilidade com base no art. 34 da Lei nº 9.249/95 já foi, inúmeras vezes, discutido no Superior Tribunal, que entende firmemente no sentido de que, deferido o parcelamento de débitos pelo Instituto antes do recebimento da denúncia, extingue-se a pretensão punitiva do Estado, ainda que não haja seu pagamento integral. Precedentes. [...]" (STJ, AgRg no REsp 765.499/RS, Rel. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6ª Turma, julgado e 20.5.2008, *DJe* 9.6.2008).

De outro lado, a Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, criou a inacreditável figura da *suspensão da pretensão punitiva* (desde que a adesão ao parcelamento se dê antes do recebimento da denúncia, conforme dispõe o art. 15) – como se o juízo de reprovação que alimenta o desvalor da conduta e do resultado do tipo penal pudessem ser temporariamente *adiados* –, relativamente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e art. 95 da Lei nº 8.212/91. É de se ver que o *caput* deste último dispositivo (art. 95, Lei nº 8.212/91) encontra-se revogado pela Lei nº 9.983/00, que deslocou vários dos tipos penais ali elencados para a Parte Especial do Código Penal (por exemplo, art. 168-A e art. 337-A).

A suspensão da pretensão punitiva (art. 15, Lei nº 9.964/00) ocorrerá enquanto a pessoa jurídica (ou física, acrescentaríamos nós) relacionada com o agente estiver

incluída no Refis (Plano de Recuperação Fiscal), isto é, enquanto estiver submetida ao programa e enquanto estiver cumprindo regularmente o parcelamento do débito tributário e/ou previdenciário concedido à empresa em cuja administração e gerência realizou-se o ilícito. Ao final deste (parcelamento), decretar-se-á extinta a punibilidade pelo pagamento integral do crédito fiscal.

A Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, estendeu tal *suspensão* da pretensão punitiva a quaisquer débitos relativos aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e nos arts. 168-A e 337-A (ambos referentes a débitos previdenciários) do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com os agentes dos aludidos crimes estiver submetida a regime de *parcelamento*, independentemente de inscrição no Refis (art. 9º). É dizer: qualquer que seja o regime de parcelamento (PAES, arts. 1º ou 5º da citada Lei nº 10.684/03, ou o do REFIS, da Lei nº 9.964/00) será cabível a suspensão da pretensão punitiva, extinguindo-se a punibilidade se cumprido o ajuste com o pagamento integral do débito, incluindo os acessórios, não importando se esse (o pagamento) ocorreu antes ou depois do recebimento da denúncia.

No curso do prazo de suspensão, não correrá o prazo prescricional (art. 9º, § 1º, Lei nº 10.684/03).

Todas essas providências – providenciais, como se vê – foram também encampadas na Lei nº 11.941/09, em cujo art. 68 se reproduz a tal suspensão da pretensão punitiva, elencando o enorme rol de hipóteses de seu cabimento.

E mais. O art. 69 prevê duas hipóteses de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo: (a) aquele realizado pela pessoa jurídica, originariamente devedora do Fisco; (b) aquele realizado pela pessoa física. No primeiro caso (pessoa jurídica), o pagamento deverá ser integral (principal e acessórios); no segundo (pessoa física), bastará o pagamento dos valores devidos até o ajuizamento da ação penal. É dizer, o pagamento da pessoa jurídica extingue o débito *passado e o presente*; o da pessoa física, somente o *passado*. De todo modo, a conta final é uma só: o pagamento extingue a punibilidade do débito objeto de parcelamento. Ou, em outras palavras: a ação penal é mera coerção fiscal.

Uma questão relevante: como o disposto no § 2º, do art. 5º, da Lei nº 10.684/03, foi vetado, não se poderia aplicar o art. 9º aos crimes capitulados no art. 168-A, pois, embora houvesse referência a eles, não existiria, em tese, a possibilidade de parcelamento de tais débitos, vedado que seria pela citada Lei. Esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF – HC nº 81.134, Rel. Min Sepúlveda Pertence, em 3.8.2004).

Posteriormente, porém, a Suprema Corte parece ter mudado seu posicionamento, no que foi acompanhada pelo STJ, no sentido da possibilidade de aplicação da regra do art. 9º da Lei nº 10.684/03 a todos os crimes tributários, incluído aí o art. 168-A, e a todas as formas de parcelamento.

"EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas a empregados. Condenação por infração ao art. 168-A, cc. art. 71, do CP. Débito incluído no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS. Parcelamento deferido, na esfera administrativa pela autoridade competente. Fato incontrastável no juízo criminal. Adesão ao Programa após o recebimento da denúncia. Trânsito em julgado ulterior da sentença condenatória. Irrelevância. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei nº 10.684/03. Norma geral e mais benéfica ao réu. Aplicação do art. 2º, § único, do CP, e art. 5º, XL, da CF. Suspensão da pretensão punitiva e da prescrição. HC deferido para esse fim. Precedentes. No caso de crime tributário, basta, para suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, tenha o réu obtido, da autoridade competente, parcelamento administrativo do débito fiscal, ainda que após o recebimento da denúncia, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória" (HC nº 85048, Rel.(a): Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, *DJ* 1.9.2006, p. 21).

No mesmo sentido: (STJ – REsp 949935/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 28.2.2008, *DJe* 22.4.2008).

Segundo o STF, a *pendência de procedimento administrativo-fiscal impede a instauração da ação penal, como também do inquérito policial*. STF – HC nº 89.902, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 18.9.2007. E inúmeros outros precedentes.

E mais: uma leitura mais flexível da citada Lei nº 10.684/03, perfeitamente cabível em tema de normas não incriminadoras, permite a conclusão de que a suspensão da pretensão punitiva pode ocorrer até mesmo *durante o curso da ação penal, quando possível* a aplicação de quaisquer dos regimes de parcelamento de débitos fiscais. Nesse sentido, o mesmo julgamento no STF (HC nº 81.929/RJ *Informativo* nº 338, em 10.3.2004). Também: HC (Medida Cautelar) nº 85.048-1/RS, Rel. Min. Ceza

Peluso. Aliás, estendendo a aplicação da norma às contribuições patronais, ver STF - HC nº 85.452/SP, Rel. Min. Eros Grau (*Informativo STF* nº 390, em 8.6.2005).

No particular, observa-se que o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de afirmar a *constitucionalidade* do citado art. 9º, sustentando que a consumação do delito de sonegação somente se daria após o esgotamento das vias administrativas, suspendendo-se, portanto, o prazo prescricional (STF – Plenário – HC nº 81.611, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), decisão essa seguida uniformemente naquela Corte. Ver, por exemplo, STF – HC nº 81.929.*Informativo* nº 334, de 4.2.2004, Rel. Min. Cezar Peluso.

Naquela decisão ficou assentado que a constituição definitiva do crédito tributário no âmbito administrativo seria *condição objetiva de punibilidade*, com o que, levado às últimas consequências, sequer seria possível a instauração de inquérito policial e/ou a tramitação de ação penal enquanto não realizada a citada condição (ver, nesse sentido, jurisprudência do STJ – RHC 20.234-SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma *DJU* 1.10.2007). Em ambas as Casas, porém, ficou a ressalva: enquanto não constituído o crédito, não correria o prazo prescricional.

Mas esclareça-se: a questão da condição de punibilidade se refere aos crimes *materiais* (Lei nº 8.137/90, art. 1º) e não àqueles de natureza *formal*, como ocorre com os delitos de não repasse, no prazo legal, de tributo ou contribuições descontadas do contribuinte.

Há, sobre o ponto, Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nesses termos:

"Súmula Vinculante 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."

De outra parte, mas com propósitos semelhantes, registre-se também o disposto no art. 86 e art. 87 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, com vigência prevista para 180 (cento e oitenta dias) após sua publicação, que altera a estrutura do CADE e dispõe sobre a ordem econômica, com reflexos na legislação penal e processual penal. Ali se mantém a regra resultante do acordo de *leniência*, a ser celebrado pelo

CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, e pessoas físicas e jurídicas que tenham praticado infrações contra a ordem econômica.

A citada legislação prevê que, quando as aludidas pessoas colaborarem para as investigações, com resultado útil, o acordo de *leniência* suspenderá o curso do prazo prescricional e impedirá o oferecimento de denúncia nos delitos contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90), bem como os demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/93 e no art. 288, CP (associação criminosa, segundo redação dada pela Lei nº 12.850/13). Ao final do acordo, restará extinta a punibilidade.

Em relação a essa hipótese, valem as mesmas observações feitas até aqui quanto ao exame da suspensão da pretensão punitiva e posterior extinção da punibilidade para os delitos contra a ordem tributária e a ordem previdenciária.

4.2 Investigações administrativas

Embora a Constituição Federal (art. 144) e a Lei nº 12.850/13 assegurem caber às polícias judiciárias a investigação das infrações penais (art. 144), é bem de ver que outras autoridades administrativas terminam por investigar fatos que *também* constituem crimes, desde que orientadas pelas finalidades e atribuições a elas deferidas em Lei. Assim, a Receita Federal investiga infrações fiscais/tributárias; eventualmente, o material então produzido poderá subsidiar ação penal, dado que a ilicitude tributária poderá se compatibilizar com a ilicitude penal.

Veja-se o exemplo do poder de investigação criminal reservado às Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), tal como previsto no art. 58, § 3º, da Constituição da República, e reproduzido no art. 1º da Lei nº 1.579/52. Ali se prevê que referidas Comissões terão poderes investigatórios *próprios* das autoridades judiciárias. As limitações, igualmente constitucionais, a tais poderes serão apreciadas no capítulo relativo às provas (item 9.1.4.1, *d*).

Nos termos da Lei nº 10.001, de 4 de setembro de 2000, os procedimentos criminais instaurados a partir do encaminhamento dos *Relatórios* das CPIs terão

prioridade sobre os demais, à exceção do *habeas corpus*, do *habeas data* e do mandado de segurança (art. 3º). As autoridades às quais for encaminhado o aludido relatório deverão comunicar *semestralmente* o andamento das investigações (art. 2º, parágrafo único).

O mesmo ocorre, segundo nos parece, em relação ao Ministério Público.

Antes disso, e a se elogiar, aponta-se o julgamento da ADI 1.570, Rel. Min Maurício Corrêa, em 12.4.2004, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do previsto na já revogada Lei nº 9.034/95 (que cuida da repressão às organizações criminosas), no ponto em que instituía funções investigatórias aos juízes (art. 3º). Nada mais acertado.

Espera-se que, pelas mesmas razões, o Supremo Tribunal Federal também reconheça a inconstitucionalidade de dispositivos da LC nº 35/79, que cuida da organização da carreira dos magistrados, reservando ao órgão superior da magistratura a *privatividade* para a investigação de fato criminoso imputado a juiz.

Ora, não será a *qualidade* do acusado, ou a relevância de sua função, que determinará a necessidade da intervenção unicamente judicial na investigação. Primeiro, porque a Constituição da República não reconhece poderes investigatórios aos juízes; segundo, porque quaisquer argumentos corporativos ou mesmo anticorporativistas valem – ou *não valem* – na mesma medida. Tanto poderá haver sentimento de corporação pelos juízes quanto de revanchismo por parte de outros órgãos. Não bastasse, a Constituição reserva à Polícia Judiciária a missão de investigações, sem reservas a quaisquer autoridades, ao contrário do que ocorre relativamente à fixação da *competência jurisdicional por prerrogativa de função*.

Aliás, nesse ponto, julgamos também inconstitucional a reserva ao Ministério Público de investigações acerca de fatos criminosos imputados a seus membros, pelas mesmas razões. A ressalva fica por conta do seguinte: ao juiz não é dado investigar, consoante a regra ou princípio do *juiz natural*; ao Ministério Público, ao contrário, sim, é atribuída tal função, sem, entretanto, qualquer privatividade.

O que se pode impedir, em qualquer caso – de investigação policial dirigida contra magistrado ou membro do Ministério Público –, é o *indiciamento* do

investigado, sem autorização expressa do órgão de jurisdição competente para o julgamento da matéria. E, mais. A tramitação do inquérito policial – da investigação, enfim – deve ocorrer perante o órgão jurisdicional competente para a ação penal (foro competente por prerrogativa de função).

Aliás, a Suprema Corte assentou que, nos casos de foro privativo por prerrogativa de função, a instauração de inquérito policial dependeria de requisição do Ministério Público (PET 3.825 – Inq. 2.411 – Rel. Min. Gilmar Mendes). Não aderimos ao julgado, como veremos mais adiante.

E, agora, já sob a perspectiva da legitimidade do *parquet* para encetar procedimentos investigatórios, observamos que a questão tem, de fato, assento constitucional, nos termos do disposto no art. 129, VI e VIII, da CF, regulamentado, no âmbito do Ministério Público Federal, pela Lei Complementar nº 75/93, consoante o disposto nos arts. 7º e 8º. Também o art. 38 da mesma Lei Complementar nº 75/93 confere ao *parquet* a atribuição para *requisitar inquéritos e investigações*. Na mesma linha, com as mesmas atribuições, a Lei nº 8.625/93 reserva tais poderes ao Ministério Público dos Estados.

Já em novembro de 2008, a 2ª Turma – e ainda não o Plenário, que só fez mais tarde, como veremos adiante – do Supremo Tribunal Federal reconheceu os poderes investigatórios do Ministério Público. Confira-se:

"Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves, como o presente, que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias" (STF, RE 535478 Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, *DJ* de 21.11.2008).

As inquietações surgidas sobre o tema apontam para duas direções bem definidas, a saber:

a) a primeira, a indagar acerca de uma pretensa privatividade da Polícia sobre as

atividades de investigação criminal;

b) a segunda, admitida a ausência da citada *privatividade policial*, a exigir previsão legal expressa para a investigação pelo Ministério Público.

Não percamos tempo.

A Constituição da República, a todas as luzes, não contempla nenhuma *privatividade* da investigação em mãos da Polícia, consoante se vê no Capítulo que cuida da Segurança Pública (arts. 144 e seguintes, CF). A palavra *exclusivamente*, que se encontra no citado art. 144, § 1º, da CF, nada mais faz que esclarecer que, no âmbito das polícias da União – Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Militar e Polícia Rodoviária Federal –, caberia apenas à primeira (a Polícia Federal) a função de Polícia Judiciária. Nada mais. Por isso, não poderia assim dispor, como dispõe, a Lei nº 12.830/13, reservando a investigação criminal às autoridades policiais. A menos que se considere ressalvado o poder de requisição de providências e de diligências por parte do Ministério Público, já que é nesse sentido a Lei Complementar nº 75/93, fora do alcance da Lei nº 12.830/13.

Quanto à segunda questão, a de exigência de legislação expressa para a condução de procedimentos administrativos investigatórios, deve-se lembrar que, no fundo, o problema parece ser de outra ordem.

Evidentemente, não cometeríamos o desatino de sustentar que o Ministério Público poderia presidir o *inquérito policial*. Por certo que não e a Lei nº 12.830/13 é claríssima nesse sentido (art. 2º, § 1º). O que estamos afirmando é que a Constituição da República reconhece ao Ministério Público a titularidade para o exercício de investigações preliminares (antes do processo), acerca de matéria incluída entre as suas atribuições. Essas investigações, evidentemente, deverão ter curso em *regular procedimento administrativo*, com todas as exigências que se impõem a qualquer órgão da Administração Pública, incluindo a Polícia – por exemplo, o dever de sigilo, quando presentes as razões constantes do art. 20 do CPP.

Aliás, cumpre assinalar que o Conselho Nacional do Ministério Público prevê algumas espécies de modalidades investigativas, regulamentando os procedimentos

que deveriam ser adotados pelos membros do Ministério Público (Resolução nº 13). A citada Resolução é objeto de ADI nº 4.305 proposta pela Associação dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) e tem por Relator o eminente Ministro Edson Fachin.

A ação tem em mira também a Resolução nº 63 do Conselho Nacional de Justiça que cuida da tramitação direta de inquérito entre a Polícia e o Ministério Público. O Relator é o mesmo (entendemos que com a criação do juiz das garantias pela Lei 13.964/19 restou clara a *possibilidade de tramitação direta* do inquérito policial entre o Ministério Público e a autoridade policial. Isto porque os atos que competem àquele magistrado estão enumerados no novo artigo 3º-B, e ali não se encontra, em princípio, a supervisão do inquérito – como prorrogar o seu prazo de duração – *quando não há réu preso* ou *medida cautelar em curso*, de modo que a regra agora de fato será a tramitação direta. Por óbvio, em sendo o caso de réu preso ou medida cautelar em curso, o controle dos prazos deverá ser feito pelo juiz das garantias, de modo que não seria o caso, então, de tramitação direta. Frise-se ainda que o juiz será informado da instauração de qualquer investigação criminal (inciso IV), e poderá, se quiser, requisitar informações (inciso X) do delegado de polícia sobre o andamento da investigação, o que apenas reforça o raciocínio de que em princípio a tramitação é direta, ainda que haja possibilidade de acompanhamento judicial (por iniciativa do próprio juiz!).

Voltando ao tema da possibilidade de investigação realizada pelo órgão ministerial, nunca tivemos dúvida em responder positivamente à questão. Ora, quando a Constituição prevê poder o Ministério Público requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência, conforme previsto em lei complementar (art. 129, VI, CF), ela está, a todas as luzes, autorizando o exercício direto da função investigatória a quem é o verdadeiro legitimado à persecução penal. Por que aquele a quem se atribui o *fim* não poderia se valer dos *meios* adequados? A quem interessa o afastamento do Ministério Público da direção das investigações?

Observe-se, mais, que a função investigativa do Ministério Público nem sequer é

objeto de indagações em inúmeras legislações (por exemplo, na alemã, na chilena, na francesa e na italiana), o que indica que o problema parece não se situar no maior ou menor padrão de civilidade alcançado pela comunidade jurídica interessada na persecução penal.

Aliás, na Declaração da IX Conferência Nacional dos Direitos Humanos (art. 22) consta expressamente o incentivo que deve ser dado aos poderes investigatórios do Ministério Público, para o fim de uma proteção mais adequada aos direitos humanos. No mesmo sentido, o Relatório da Organização das Nações Unidas. Do mesmo modo em decisão singular do eminente Min. Celso de Mello, em autos de medida cautelar (Supremo Tribunal Federal – HC nº 89.837-8).

Por óbvio, o que aqui se sustenta é que, se a última palavra acerca da *existência* de um fato criminoso é atribuída constitucionalmente ao Ministério Público, há de se lhe reservar também os meios para afirmar seu convencimento, sobretudo quando contrário àquele defendido pela autoridade policial.

Não se queira afirmar que a existência legal de prazo certo para a conclusão do inquérito – e a inexistência de prazo para procedimentos no Ministério Público – conduziriam necessariamente a abusos. Ora, e o que ocorre quando o prazo do inquérito se encerra sem a apuração dos fatos? Tratando-se de réu solto, a investigação prossegue pelos meses, e/ou anos, seguintes. Qual seria então o problema de uma investigação levada a cabo por órgão do *parquet* quando solto o acusado? O sigilo procedimental não pode ser, já que este está presente também no inquérito policial (art. 20, CPP).

De outro lado, o fato de a tramitação do inquérito policial passar pelo juiz, enquanto eventual procedimento ministerial não se submeteria a esse controle, também não convence, já que, além de se tratar de medida inteiramente desconectada com um modelo acusatório de processo, sabe-se, também, que o acompanhamento judicial da tramitação do inquérito policial é meramente burocrático.

Quando, porém, se tratar de réu preso, o Ministério Público jamais poderá empreender investigação paralela, diante das consequências inexoráveis da indispensável instauração do inquérito policial, exigida pelo fato da prisão.

Do mesmo modo, quando se tratar de diligências cujo empreendimento está acobertado pela exigência de autorização judicial, a ela se reportará o Ministério Público, tal como ocorre em relação à polícia investigativa.

Por fim, acrescente-se, ainda, que também não colhe o argumento da possível violação da imparcialidade do Ministério Público, que seria responsável pela função de acusação.

De se notar que a investigação empreendida pelo *parquet* não lhe impõe, previamente, determinada convicção. Ou seja, uma vez encerrada a investigação, tanto ele pode requerer o arquivamento, quanto o oferecimento de denúncia. Nada há que lhe condicione o agir, desta ou daquela maneira. Nesse sentido, se parcial fosse, tanto seria para o juízo negativo, quanto para o juízo positivo de acusação, o que parece suficiente a demonstrar a inexistência de parcialidade.

Aliás, a respeito da participação de membro do Ministério Público na fase de investigação, o STJ reconhece, inclusive, a inexistência de suspeição ou impedimento para o oferecimento de denúncia, conforme Súmula 234.

A questão foi finalmente solucionada pela Suprema Corte na apreciação do RE 593.727-5/MG, Rel. Originário Ministro Peluso, Red. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, 14.05.2015, que teve repercussão geral reconhecida.

Adotou-se, felizmente, a orientação aqui defendida, no sentido da legalidade da investigação promovida pelo Ministério Público, dotada de prazo razoável e desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado. Naturalmente, há de observar as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e também as prerrogativas possuídas pelos advogados, sem prejuízo da possibilidade do permanente controle jurisdicional dos atos (necessariamente documentados). A tese já havia sido acolhida em duas ocasiões (HC 84.965/ MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13.12.2011; e HC 91.613/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes julgamento em 15.05.2012), nas quais se considerou válida investigação realizada diretamente pelo Ministério Público, desde que respeitadas, por óbvio, garantias fundamentais.

Outras razões se sobressaem em defesa desse entendimento.

Trata-se da necessidade de se delimitarem as *consequências jurídicas* que poderão resultar de diligências realizadas (e ainda por realizar) pelos membros do *parquet*.

Vejamos.

Uma primeira consequência, *se não admitidos poderes de investigação ao Ministério Público*, seria o trancamento de procedimentos administrativos investigatórios em curso, quando, então, o interessado – não só o investigado, mas qualquer outra pessoa, já que, se irregular o procedimento, por que a observância de suas exigências? – poderia se recusar a comparecer e/ou participar da investigação. É o que se observa na decisão proferida no RHC nº 81.326/DF, relatada pelo Min Nelson Jobim, na qual se assinala "*não caber aos membros do Ministério Público inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime*".

Uma outra consequência, já mais relevante, diz respeito ao exame da influência da diligência já realizada pelo *parquet* em futura ação penal, desde que, repita-se, *não se admita a existência de poderes investigatórios ao Ministério Público*.

Com efeito, pode-se perguntar: se a prova colhida diretamente pelo Ministério Público encontra-se em desconformidade com o Direito, não seria ela *ilícita*? E, sendo ilícita, não contaminaria as investigações futuras?

Aqui é preciso uma boa dose de cautela, ainda que se queira enxergar no Ministério Público o grande vilão do Estado atual, opressor de tantos quantos se veem submetidos a procedimento e processo penal, posição que, obviamente, não adotamos.

Já veremos que em tema de produção de provas e, assim, em produção ilícita de provas, o que se revela e o que se quer efetivamente proteger, na verdade, não é unicamente a *ética* do procedimento, mas, sobretudo, a violação a direitos fundamentais, via de regra, mais expostos a tais diligências investigativas. É o caso das violações a domicílios, das interceptações clandestinas e de toda a sorte de tangenciamento da privacidade e da intimidade.

É por isso que a própria Constituição faz ressalva expressa da *cláusula da jurisdição*, a impor que determinadas franquias – violação de liberdades públicas – dependam exclusivamente de ordem judicial. É o que ocorre, por exemplo, com a inviolabilidade das comunicações telefônicas e de dados, do domicílio e com a decretação de prisão, exceto, quanto a esta última, em relação ao flagrante delito, quando qualquer pessoa do povo poderá fazê-lo. Sobre o tema, mais se dirá, no item 9.1.4.1, *d*.

Outras diligências são perfeitamente aceitáveis, enquanto exercício do poder de polícia estatal, quando em menor risco a violação a direitos fundamentais, pelo que, como de conhecimento notório, estão autorizadas, dentre outras, as autoridades fazendárias (Receita), financeiras (Banco Central) etc. E, como não poderia deixar de ser, a autoridade policial, com as atribuições que lhe reserva a legislação processual penal.

Ora, se essas autoridades, funcionalmente *administrativas*, podem exercer determinadas intervenções no âmbito dos interesses dos administrados, sem que se possa falar em violação a direitos fundamentais, força é convir que eventual diligência tomada pelo Ministério Público – que, do ponto de vista funcional, é agente *político* – não pode constituir, se da mesma natureza que aquelas, maior gravame aos citados direitos. Até aí, convenhamos, não se poderá chegar.

Por isso, pensamos que, ainda que se tenha por irregular a diligência (admitindo-se a tese), não se poderá falar em prova obtida ilicitamente, ou na *consequência* da ilicitude da prova (cujo objetivo é a tutela de direitos fundamentais), e, assim, na contaminação das etapas investigatórias seguintes.

No julgamento do HC nº 83.157/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 1.7.2003, os eminentes Mins. Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, contrariando o entendimento do Relator, deixaram expressamente consignado que os depoimentos de testemunhas prestados perante o Ministério Público não eram ilegais, nem ilícitos, portanto. Absolutamente corretos os votos.

O próprio Min. Nelson Jobim, o mais ferrenho defensor da tese da impossibilidade de investigação pelo Ministério Público, reconheceu que não se pode

aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, § 1º, CPP) em tais situações. Afirma ele:

"Uma coisa é examinarmos o problema durante as tentativas investigatórias do Ministério Público em que podemos examinar a ilicitude; outra coisa – mesmo que isso acontecesse – é examinarmos um *habeas corpus* em cima da demonstração da existência de indícios fortíssimos da prática de ilícito, porque senão estaríamos – como V. Exa. disse, com clareza – colocando a forma na frente do fundo; melhor, estaríamos destruindo o mundo, ou seja, aquilo que aconteceu, sob o argumento de que a forma pelo qual se investigou o mundo não podia ser feita. Ou seja, o mundo não desaparece independente da forma" (STF – HC nº 83.463/RS, 2ª Turma, Rel. Carlos Velloso).

Pensamos, também, que a Lei Complementar nº 75/93 também autoriza o Ministério Público da União a *instaurar inquérito civil e OUTROS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS CORRELATOS*, bem como *realizar inspeções e diligências investigatórias* (arts. 7º e 8º). Ora, não é só a tutela de interesses da jurisdição civil (exemplo: a criança e o adolescente; o idoso – Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, art. 74) que configura e justifica a proteção a direitos fundamentais; evidentemente, há direitos fundamentais que são objeto de violações tuteladas pelo Direito Penal, e por quem deve zelar exatamente o Ministério Público.

Seguindo.

Também as autoridades administrativas, em geral, detêm competência para a apuração de infrações penais, desde que as respectivas investigações estejam relacionadas com o exercício regular de suas atribuições legais, no campo, portanto, da constatação, *ex officio*, da ilicitude administrativa, fiscal, tributária, previdenciária ou disciplinar. Tais funções, não atingidas pela superveniência da Carta de 1988, encontram-se previstas no parágrafo único do art. 4º do CPP e não inibem, à evidência, a atuação da polícia judiciária.

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, autoriza as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a examinarem documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes à conta de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja procedimento administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e seja tal exame absolutamente indispensável, como único meio de as informações necessárias

ao desenvolvimento das investigações (art. 6º) serem obtidas. A respectiva Administração deverá manter e guardar sigilo sobre todos os dados então obtidos (art. 6º, parágrafo único).

As indagações acerca da licitude deste procedimento foram finalmente respondidas no julgamento da ADI nº 2.390/DF, que considerou constitucional esta norma (Lei Complementar nº 105). Portanto, atualmente não há necessidade de *autorização judicial* para que a Receita Federal acesse dados e informações financeiras dos contribuintes (sigilo bancário) E mais: estes dados podem ser repassados ao Ministério Público *diretamente* – sem necessidade de autorização judicial – quando constatados indícios de infrações penais (STF, RE 1055941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Tema 990 da Repercussão Geral). Mais será dito sobre o tema no Capítulo 9.

O que está vedada e deve mesmo ser proibida é a utilização específica de informações bancárias que ultrapassem o objeto da fiscalização do contribuinte.

Por fim, a Lei de Falências, que regula a *recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*, Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, finalmente acabou de vez com o chamado *inquérito judicial falimentar*, ao determinar, no art. 187, que o Ministério Público, uma vez intimado da sentença que tenha decretado a falência ou concedida a recuperação judicial, ou, ainda, homologado o plano de recuperação extrajudicial, oferecerá, desde logo, a denúncia, ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

Com isso, a aludida legislação promove o alinhamento da referida lei ao sistema acusatório brasileiro, no qual o Juiz Criminal há de permanecer afastado das funções investigatórias, acudindo à fase pré-processual unicamente quando necessário para a tutela das liberdades públicas.

Ainda que o antigo procedimento do inquérito judicial contemplasse o exercício do contraditório, mesmo durante as *investigações*, como sustentávamos antes da nova legislação, não há como negar que a atividade então desenvolvida pelo juiz no *inquérito judicial falimentar* desbordava do sistema processual penal brasileiro.

Relativamente, enfim, aos delitos praticados por membros da magistratura e do

Ministério Público, as referidas e respectivas legislações orgânicas reservam ao âmbito interno das aludidas instituições a investigação dos fatos (Lei Complementar nº 75/93, no âmbito da União, e Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, do Ministério Público dos Estados, e Lei Complementar nº 35/79, para a magistratura).

No início da abordagem desse item já analisamos a matéria, para concluir pela inaplicabilidade da privatividade investigativa.

Assim, se a imputação, ou suspeita, é dirigida contra autoridade pública que tenha por foro privativo, em caso de crime comum, o Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF), caberá ao Procurador-Geral da República a apreciação inicial dos elementos indiciários que apontam naquele sentido, devendo os autos do inquérito policial ter tramitação perante aquela Corte (STF), a quem caberá conceder a prorrogação dos prazos de sua conclusão, bem como exercer o controle de tutela das chamadas liberdades públicas, isto é, das garantias individuais relativas à intimidade, à privacidade, ao domicílio etc. (ver, no ponto, Plenário do STF – Pet. 3825 – QO/MT – Rel. para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 10.10.2007).

Do mesmo modo, tratando-se de autoridade pública cujo foro privativo, em caso de crime comum, seja o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, CF), o Tribunal de Justiça (art. 96, III, CF), ou o Tribunal Regional Federal (art. 108, CF), a tramitação do inquérito ocorrerá perante aqueles tribunais, cabendo ao Procurador-Geral da República (ou Subprocurador-Geral, por delegação, conforme art. 48, II, Lei Complementar nº 75/93), ao Procurador-Geral de Justiça (ou Procurador de Justiça) e ao Procurador Regional da República, respectivamente, a apreciação dos elementos de convicção ensejadores da instauração do procedimento investigativo.

Em todas as hipóteses, porém, a investigação será realizada, como vimos, pela autoridade policial da circunscrição a quem couber a distribuição, necessariamente situada na comarca onde se localiza a sede do tribunal competente para o processo e julgamento da autoridade, por prerrogativa de função.

Nesse sentido, decisão da Suprema Corte, em cujo voto, proferido pelo eminente Min. Celso de Mello, tem-se a seguinte lição:

"O Supremo Tribunal Federal, sendo o juiz natural dos membros do Congresso Nacional nos processos penais condenatórios, é o único órgão judiciário competente para ordenar, no que se refere à apuração de supostos crimes eleitorais atribuídos a parlamentares federais, toda e qualquer providência necessária à obtenção de dados probatórios essenciais à demonstração de alegada prática delituosa, inclusive a decretação de quebra de sigilo bancário dos congressistas [...]."

Em outra oportunidade, ratificou-se o aludido posicionamento (Rcl. nº 1.258/DF, Rel. p/o acórdão: Min. Marco Aurélio, *Informativo STF* nº 335), com o esclarecimento de que *se envolver deputado federal, o curso do inquérito deve fazer-se sob a supervisão do Supremo Tribunal Federal, não cabendo ao Juízo, havendo outros indiciados, promover o desdobramento*.

Como se vê, sobretudo no julgamento da Questão de Ordem antes mencionada (Pet. 3825/MT), a Suprema Corte foi além: decidiu-se que a própria instauração do inquérito dependeria de requisição do Procurador-Geral da República.

Nesse ponto, não acolhemos o aludido entendimento. A atribuição investigatória da polícia judiciária tem previsão constitucional (não privativa, é certo!) e não pode ser restringida com fundamento na prerrogativa de foro.

Ora, por que a polícia pode instaurar investigação sem ouvir o Promotor de Justiça da primeira instância e deve fazê-lo (ouvir o Ministério Público), quando se tratar de foro privativo? Não há razão que descambe para o tratamento desigual entre iguais, em situações idênticas.

De outra parte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de definir a locução constitucional "crimes comuns" como expressão abrangente de todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais e alcançando, até mesmo, as próprias contravenções penais.

"A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra o membro do Poder Legislativo, que está sujeito, em consequência – e independentemente de qualquer licença parlamentar – aos atos de investigação criminal promovidos pela polícia judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente, STF, no caso de os investigandos serem congressistas (CF, art. 102, I, *b*)" (Tribunal Pleno, *DJ* 15.9.1995, p. 29.506).

Tratando-se, porém, de foro privativo decorrente de prerrogativa de função, é vedado à autoridade policial o indiciamento formal de quaisquer das pessoas – agentes políticos – em razão de cujo cargo determinou-se a competência jurisdicional, em atenção, precisamente, à relevância das atividades por elas desempenhadas na Administração Pública.

4.3 Lei de Abuso de Autoridade

Ante a enorme repercussão entre os agentes de segurança pública, sobretudo entre os delegados – responsáveis pela apuração de delitos – julgamos necessário realizar alguns apontamentos em relação à Lei 13.869/2019, que dispõe sobre os chamados "crimes de abuso de autoridade".

Ainda que possa haver certo receio – legítimo – de que os novos tipos penais possam interferir negativamente na atuação dos servidores públicos, considerando que muitas condutas criminalizadas foram descritas de maneira ampla e demasiadamente imprecisa, parece-nos que a questão mais problemática não é a constitucionalidade (ou não) de tais normas, mas sim a dificuldade probatória associadas a tais crimes.

Isso porque o art. 1º, § 1º, é claro ao exigir, para a configuração dos tipos previstos na lei, que haja *finalidade específica* de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo (ou terceiro), ou, ainda, que a conduta tenha sido tomada por mero capricho ou satisfação pessoal. Da mesma forma, o § 2º do mesmo dispositivo esclarece que a *divergência na interpretação de lei* ou *de avaliação de fatos e prova* **não** constitui abuso de autoridade.

Essas regras devem nortear a interpretação de todos os crimes ali dispostos, de forma que as sanções previstas devem incidir somente em casos de abuso *manifesto*. Por óbvio, comprovar se um ato concreto é apenas uma divergência de interpretação da lei (ou de avaliação dos fatos) ou é um abuso *doloso* é uma questão de prova – e das mais complicadas, acrescentaríamos –, relembrando, sempre, que, até que haja *prova em contrário*, deve-se assumir a ocorrência da primeira hipótese.

Portanto, entendemos que o receio de que um servidor possa se omitir na apuração e julgamento de um crime por temor de que sua própria conduta seja criminalizada não se justifica, ao menos em tese, uma vez que a Lei nº 13.869 se restringe aos casos de abuso que tenham finalidades específicas. E, convenhamos, nada há de inconstitucional em criminalizar a conduta de servidor que manipula a máquina punitiva estatal para atender caprichos pessoais ou interesses próprios.

Certas condutas, entretanto, merecem algumas considerações. O art. 9º, a nosso ver, substitui o antigo crime de abuso de poder, atualmente revogado. O art. 10 *corretamente* criminaliza o ato de decretar condução coercitiva manifestamente incabível ou sem prévia intimação de comparecimento. Sempre defendemos a irregularidade da condução coercitiva, o que já vinha sendo reconhecido pelos tribunais. Já o art. 25 torna crime a obtenção, em sede de procedimento de investigação ou fiscalização, de prova por meio manifestamente ilícito.

Há quem goste do excesso de criminalização que campeia em *terrae brasilis*. Não é o nosso caso nem o da Constituição da República. Criminalizar atos de obtenção da prova reputada ilícita é medida que se mostra, no mínimo, temerária. Primeiro, porque já há legislação punindo os atentados mais graves às liberdades públicas, que vem a ser – de modo geral – o objeto das obtenções de prova (violação de domicílio, violação indevida de dados sigilosos etc.). E, segundo, porque nem sempre se tem a visão mais clara acerca da ilicitude daquilo que se quer obter. Nesse passo, a ressalva no sentido de que seja *manifestamente ilícito* pode diminuir o impacto da criminalização, mas não deixa de abrir perigoso caminho para punições excessivas.

De outro lado, nem sempre o ato de *obtenção* é o mesmo daquele de *produção*. Assim, não nos parece razoável estender à conduta de obtenção o mesmo efeito atribuído à ilicitude na produção da prova. E isso sem falar nas inúmeras hipóteses de condutas justificadas (*boa-fé, justa causa etc*.) a que o direito reconhece a legitimidade, a despeito da respectiva ilicitude. Todo cuidado é pouco nesse âmbito.

Os demais tipos não suscitam dúvidas para além de simples leitura minimamente atenta, desde que essa leitura seja feita – tornamos a dizer – sempre sob a ótica do art. 1º. Assim, não basta *dar início a persecução penal sem justa causa fundamentada*

para que se configure o art. 30, mas se exige *também* que esse ato tenha sido praticado para prejudicar alguém ou para beneficiar o agente.

CAPÍTULO 5

Da Ação Penal

5.1 A estrutura dialética do processo: potencialização da ampla defesa

Os estudos acerca da ação, do processo e da jurisdição alcançaram elevado e suficiente nível de sofisticação, sobretudo no século passado, quando se esmeraram as investigações acerca dos conceitos e das possibilidades de aplicação das principais categorias jurídicas que comporiam a chamada *teoria geral do processo*.

Modernamente, a partir de concepções mais avançadas que as anteriores, direcionadas não mais para os aspectos *instrumentais* do processo, até então entendido a partir de sua *função/finalidade* de aplicação do direito material, mas para a sua *contextualização* no universo mais amplo do Direito, o processo penal ganhou muito em *status* de cientificidade.

De fato, se é bem verdade que o processo efetivamente desempenha uma missão de *coordenação/regramento* da aplicação do Direito Penal, não menos certo é que não é esse o único e nem o seu principal papel na compreensão e na *práxis* penal (prática) do nosso tempo.

Se e enquanto houver um Direito Penal, se e enquanto a alguém se puder imputar e se pretender a imposição de uma *pena pública*, para além dos desejos e das pretensões das vítimas, cumpre esclarecer que o processo, *mais* que instrumento, se

impõe como *espaço e ambiente* deliberativo (democrático, nesse sentido), no qual se permite a ampla participação dos atores designados em lei e na Constituição da República (Ministério Público, Poder Judiciário, Defensoria Pública e Ordem do Advogados, aqui em ordem de entrada *em cena*), na construção da decisão final. Não esqueçamos a relevante função da polícia judiciária, cuja atuação, porém, se dá na fase *anterior* ao processo, ou seja, na fase *pré-processual*.

Assim, o processo assume os contornos de um verdadeiro *lócus* (lugar) argumentativo, no sentido de tornar possível o sonho pós-positivista de que a decisão judicial não seja obra única daquele que detém a autoridade para fazê-lo. É dizer: o juiz não pode e *não deve* decidir *segundo suas preferências e convicções pessoais*, mas, sim, a partir do diálogo e da interlocução mantida no processo com as partes. Com isso, obtém-se algo mais próximo do que, em doutrina, se afirma tratar-se do *justo processo*, encerrado por uma decisão democraticamente construída.

O processo penal, de modo muito particular, não cuida de uma *disputa entre partes* e nem de um *duelo* entre aqueles que, dissentindo quanto à titularidade de um direito subjetivo e/ou acerca de uma *obrigação* jurídica, são obrigados a resolver seu conflito perante um árbitro, ou, mais especificamente, diante do Poder Judiciário. O acusado não pode estar entregue, nem à (má) sorte da (in)eficácia da atuação de seu defensor e tampouco à ira de um acusador movido pelo desejo de vingança.

A jurisdição estatal penal, com efeito, não pode se transformar no palco de um combate – probatório, argumentativo, retórico etc. – cuja legitimidade se escoraria em uma suposta – mas, comprovadamente inexistente! – igualdade entre as partes/debatedores. Essa, a paridade entre os litigantes em matéria penal, não existe em lugar nenhum, nem mesmo no direito estadunidense, tão cioso da pretensa democracia de seu *due process of law*.

O acusado, antes de qualquer outra ordem de considerações, é um cidadão submetido à força do Estado, que, por meio de seus órgãos de persecução penal (Polícia e Ministério Público), imputa-lhe a prática de um fato, concreta ou potencialmente, danoso, cuja consequência, ainda nos dias atuais, *não é a sua reparação* à vítima, mas, sim, a submissão a uma *pena pública*, aplicada no interesse

geral, segundo as fundamentações mais cotidianas no âmbito do Direito Penal.

Seja-nos permitido repisar, de nossa autoria:

"Se o processo *não penal* guarda maior afinidade com a ideia de *conflito de interesses*, geralmente inseridos no contexto de uma *disputa* entre direitos subjetivos, nada disso ocorre no processo de natureza penal. Aliás, somente quando o processo civil trata do chamado *interesse público* (incapacidade, estado de pessoa etc.), no qual se adota uma perspectiva procedimental *para além da iniciativa das partes*, é que ele poderá se aproximar do processo penal. E, ainda assim, muito timidamente.

Com efeito, não nos parece adequado e nem possível enxergar na imposição de uma pena pública o reconhecimento e a afirmação de *um direito subjetivo*, a ser satisfeito à custa do dever alheio. O acusado não mantém, em relação a quem quer que seja, o dever jurídico de se submeter à pena. A pena é-lhe imposta coercitivamente, tendo por fundamento, não uma relação de direito – individual, coletiva ou difusa –, mas a responsabilidade pessoal pela prática de um fato definido como crime. Direito subjetivo e dever jurídico, tal como o conhecemos na concepção clássica, não podem ter por objeto a inflição de um mal, ainda que sua utilização esteja legitimada no ordenamento.

Em relação à vítima, por exemplo, pode-se vislumbrar uma responsabilidade de natureza civil, no campo da teoria das obrigações. Na esteira de Carnelutti, '*No se puede demostrar de outra manera, si se quiere razonar com rigor, la inidoneidad del ofendido para desplegar actividad de parte em cuanto al castigo y aí a los fines penales. Em verdad, la posición del ofendido es la de qien pide uma atribuición a sí, y precisamente uma atribuición de HABER [...] Tal posición es antitética a la que se refiere al castigo, la cual se resuelve em una atribuición no al ofendido, sino al ofensor, y em tema de SER, no em tema de TENER.*'

Tudo isso parece claro quando se discute a questão do ponto de vista do Direito Penal, quaisquer que sejam as justificativas reclamadas para a pena pública. Mas, parece-nos também necessário que tais considerações componham o ambiente teórico do processo penal, sem o que o manejo e o recurso aos conceitos da teoria geral do processo, sistematicamente utilizados na legislação, na jurisprudência e na doutrina, não se sustentarão" (*O processo penal como dialética da incerteza*. Disponível em: <www.eugeniopacelli.com.br>).

Ora, nesse passo, e no estágio atual do conhecimento humano, isto é, no qual as certezas *definitivas* estão cada vez mais *provisórias*, deve-se mesmo *potencializar* ao máximo o princípio da *ampla defesa*. A escolha constitucional, e nem seria preciso dizê-lo de modo expresso, é no sentido da ampla defesa e não da ampla acusação, até porque esta, sendo exercida por órgãos públicos, instituídos e mantidos para tal finalidade, já ostenta força suficiente para atender aos interesses da política criminal eventualmente adotada.

E, para nós, isso somente será possível a partir da estruturação dialética do processo penal, de tal modo que se possa exigir, sempre, a efetiva participação defensiva, necessariamente contrária à tese acusatória. É precisamente por meio das

objeções levantadas à acusação oferecida pelo Estado que se ampliará o leque probatório e argumentativo do processo, permitindo ao juiz o amplo conhecimento da *causa*, a fim de se atingir e de se chegar a uma decisão *participada*, proferida após o esgotamento das possibilidades de refutação da denúncia ou da queixa.

Mas que se advirta também aqui. A atividade defensiva, mesmo comprometida com a refutação da acusação, não pode escapar das contingências do caso concreto. Haverá situações em que a força de convencimento da defesa se demonstrará mais efetiva quando, apesar de reconhecer a prova de determinados fatos – fora de qualquer dúvida razoável – se bater pelo reconhecimento de uma atenuante, de uma causa de diminuição da pena ou por questionamentos pertinentes aos elementos que compõem a *culpabilidade* penal. Não há que se exigir a negação peremptória da autoria e da materialidade e nem mesmo o pedido de *absolvição* do acusado *em todas as defesas em todos os processos criminais*. A eventual e manifesta impertinência da tese defensiva poderá fragilizar a análise judicial da situação do acusado no processo.

Temos dito e reafirmado que, a rigor, sequer de *partes* poder-se-ia falar em processo penal, na medida em que ali não se tem por conteúdo uma típica relação jurídica, na configuração dos conhecidos *direitos subjetivos*, que atribuem ao seu titular, não só a fruição, gozo ou utilização de um bem de vida, mas cujo exercício vem garantido – coercitivamente, se necessário – nas ordens jurídicas dos povos civilizados.

Não é por outra razão que o Ministério Público, *legitimado* à acusação, não é compelido a ela, podendo requerer o arquivamento da investigação, quando não convencido da responsabilidade penal do investigado. Pode também recorrer em seu favor, requerer a sua absolvição, e, ainda, produzir prova de sua inocência. Não bastasse, pode até mesmo impetrar *ordem de habeas corpus* em benefício do acusado.

No processo penal brasileiro, o Ministério Público não é mero *acusador*, mas órgão *independente* e *desvinculado* de qualquer tese que *a priori* submetesse a sua atuação. Tanto ele pode oferecer acusação, repita-se, quanto requerer o arquivamento das investigações. Não há *parcialidade* que lhe condicione o agir, tal como ocorre

com a defesa criminal, esta sim *obrigada* a defender os interesses do réu, ainda que este confesse ao defensor eventual responsabilidade pelo *fato* (quanto ao *direito*, a defesa é técnica, isto é, do defensor/advogado).

Também por isso, e por outras razões ainda de maior envergadura, o trânsito em julgado de sentença *absolutória* não pode ser atingido jamais (proibição da revisão *pro societate*); já a sentença *condenatória* sempre poderá ser atacada, seja pela via do *habeas corpus*, seja pela ação de revisão criminal.

Com isso se quer deixar assentado o seguinte: uma acusação criminal não pode ser entendida com base em uma presunção de culpa, ao menos, e, sobretudo, diríamos, no que diz respeito à questão probatória, ou seja, no que diz respeito à formação do convencimento judicial.

Essa afirmação, do ponto de vista dialético, é importantíssima.

Esclareçamos: por dialética, aqui, entendemos o método para a compreensão acerca de determinado conhecimento humano. Parte-se de uma afirmação *de algo* (a tese); em seguida, *nega-se* tal afirmação, opondo-lhe o *contrário* (antítese). Feito isso, renova-se a *negação* (já, agora, da negação), logrando-se alcançar uma *síntese*, que poderá se aproximar da primeira afirmação (tese). Trata-se, então, de um *movimento* de afirmações e negações, de modo a expandir as possibilidades do entendimento sobre aquele *algo* a ser conhecido.

Por isso, pensamos que no processo penal deve-se partir da *incerteza* quanto à acusação (fato e autoria), fundada na precariedade do conhecimento humano, na fragilidade de determinados meios de prova (não todos, é claro!), e, também, na gravidade das consequências do Direito Penal. E isso não implica, em hipótese alguma, qualquer tipo de renúncia à persecução penal ou de facilitação da atuação defensiva. Significa apenas prudência em relação a uma questão cuja relevância há que ultrapassar, inexoravelmente, os discursos apaixonados e justiceiros, com boas ou más intenções. Vale relembrar: os custos sociais da absolvição de um culpado são realmente muito altos; mas, aqueles (custos) decorrentes da condenação de um inocente são *impagáveis*.

Tais considerações, contudo, não afastam completamente a importância de alguns

elementos fundamentais da teoria geral do processo, cuja pertinência pode também se demonstrar aqui presente.

Mas deve restar bem esclarecido que o processo penal não é só *instrumento* de aplicação do Direito Penal, embora ele se ocupe também de tal missão. Deve-se assinalar que a configuração de uma teoria *para o processo penal* haverá que contemplar algumas das questões mais essenciais da estrutura a que acabamos de nos referir.

Obviamente, os conceitos de *partes*, de *pedido*, das *condições da ação e dos pressupostos processuais*, por exemplo, e até mesmo de *pretensão*, com alguns reparos e especificidades, podem se revelar ainda úteis à prática do dia a dia do processo penal.

É o que veremos a seguir.

5.2 Ação e processo

Em momento anterior, sustentamos que a noção de *ação* deveria anteceder a de *processo*, até mesmo do ponto de visto lógico. Enquanto a ação qualificaria os meios de provocação da jurisdição, o processo seria o instrumental manejado para tal finalidade.

Os estudos acerca da ação e do processo remontam ao século XIX, sobretudo a partir da obra de Oskar von Bülow, em 1868, com o clássico *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*.

Os pontos centrais das diversas teorias construídas sobre os apontados institutos processuais localizam-se, como não poderia deixar de ser, na identificação da natureza jurídica de cada um: se *direito*, se *poder*, a ser exercido *quando*, sob quais condições, e, mais, de *quem* e em face de *quem*.

Nosso trabalho, como adiantamos, não pretende realizar um estudo sobre a teoria do processo, ou, como preferem muitos, sobre a teoria *geral* do processo. A nosso juízo, esse é um dos temas que mereceram os maiores esforços da doutrina ao longo

de muitos anos.

De mais a mais, a teoria do processo é largamente estudada no processo civil, foro mais adequado ao seu desenvolvimento, ou pelo menos, ao desenvolvimento da grande maioria de seus institutos e categorias jurídicas.

E, como, para nós, não é possível enquadrar o processo penal no âmbito de uma teoria geral do processo, ficaremos no exame apenas dos conceitos e categorias de maior importância para o processo de *natureza penal*.

5.2.1 Pretensão e lide

Não há quem, já iniciado nos estudos do processo, não conheça a clássica concepção de Carnelutti, segundo a qual a *lide* seria um *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*.

A transposição do referido conceito para o processo penal oferece inegavelmente algumas dificuldades, a começar pela noção de conflito de *interesses*.

Dizer que existe um conflito entre o interesse público ligado à segurança pública e o interesse individual da liberdade pode ser tanto verdadeiro quanto falso, dependendo do ângulo sob o qual se examina a questão.

O interesse na preservação da liberdade individual é também um interesse público, uma vez que interessa ao Estado, na mesma medida, a condenação do culpado e a absolvição do inocente. O Estado, no processo penal, somente pode pretender a correta aplicação da lei penal.

Até a ideia de *interesse*, tal como elaborada no processo civil, não parece inteiramente adequada ao processo penal, tendo em vista que o interesse normalmente é revertido em favor do titular do direito material. No processo penal não ocorre dessa maneira, pois a condenação, com a prisão do réu ou mesmo a imposição de multa e/ou de prestação de serviços à comunidade, pode até provocar satisfação pessoal do ofendido, mas certamente não reverterá em seu favor, se, por exemplo, a coisa *furtada não for devolvida*. E, sendo devolvida, a satisfação do interesse terá natureza irremediavelmente *patrimonial*, ou seja, não penal.

Não bastasse, o réu bem que poderá estar de acordo com a imposição da pena, com o que não haveria qualquer resistência ao pedido condenatório. É bem verdade, porém, que a defesa técnica (por advogado) é indispensável no processo penal, como veremos a seu tempo. Entretanto, ainda assim, não se poderá falar em resistência *em relação ao conflito de interesses* quando o réu não se opuser, pessoalmente, à condenação.

Passaríamos, assim, à teoria que define a lide como uma pretensão *insatisfeita*, independentemente da resistência do réu.

Nesse caso, o conceito seria ainda menos relevante no processo penal, dado que, nesse, toda pretensão punitiva, necessariamente, há de ser conduzida ao Judiciário, ou seja, a pretensão *punitiva* é sempre insatisfeita, somente satisfazendo-se por meio do processo. É desnecessário ressaltar o processo *conciliatório* previsto na Lei nº 9.099/95. Também ali se afirma o Poder Judiciário.

Não vemos, então, qualquer razão para a utilização da expressão *lide penal*, a menos que queiramos alterar substancialmente uma conceituação já consolidada, como há muito já alertava Afrânio Silva Jardim (1999, p. 23), o que não teria qualquer sentido, nem prático nem teórico.

No processo penal, trabalha-se com o que se convencionou chamar de *pretensão punitiva*, que significa a pretensão condenatória de imposição da sanção penal ao autor do fato tido por delituoso. Ao falarmos em *pretensão*, estamos nos referindo a outro conceito já consolidado, no sentido de que seria ela *a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio*.

Fala-se, mais, em *jus puniendi*, ou *direito de punir*, pertencente exclusivamente ao Estado, e que, nas ações penais privadas, permitiria a sua substituição processual pelo ofendido.

Rejeitamos inteiramente semelhante proposição.

Como se sabe, por força de dispositivo constitucional expresso (art. 129), a regra é a persecução penal a cargo do Estado, por meio de ação penal pública, somente admitindo-se a iniciativa exclusivamente privada para crimes cuja publicidade, a

partir da discussão judicial, seja particularmente gravosa aos interesses do ofendido, deixando-se a este, portanto, o juízo de conveniência e a oportunidade da resposta penal. É o que ocorre, por exemplo, em relação aos crimes contra a honra.

A justificativa para uma ação penal de iniciativa *privada*, e, mais que isso, para uma ação penal em que se permite toda a sorte de disponibilidade acerca da não incidência do Direito Penal, é matéria das mais complexas – e, como tal, merecerá exame detalhado no momento adequado (item 5.7). A fundamentação com base no *strepitus iudicii* (publicidade do fato) não nos convence, embora seja a preferida da maioria da doutrina.

Impende ressaltar que tais modalidades de incriminação (crimes contra a honra, por exemplo), geralmente, estão inseridas no âmbito da intimidade e privacidade das relações pessoais do ofendido, admitindo o Estado o consentimento daquele como causa excludente da ilicitude do fato. Daí a legitimação do ofendido.

A nosso juízo, e tal como ocorre com a jurisdição, em que se reconhece ao titular de um direito material alegadamente lesado ou ameaçado de lesão o direito à movimentação do Poder Público estatal (Judiciário) para a solução da situação controvertida, é de se reconhecer à comunidade, em geral, e ao ofendido (titular do bem jurídico em risco ou afetado), em particular, o *direito* de exigir do Estado a ação penal, quando pública, passando este a ocupar a posição de devedor, então, do endereçamento do caso penal à Justiça, para fins de aplicação das normas de Direito Penal.

O propalado *ius puniendi* somente se realiza no campo *material*, ou seja, no poder estatal de impor restrições de condutas à coletividade, ou, de outro modo, de produzir normas incriminadoras.

No âmbito processual, não há nenhum direito, mas, sim, *dever de ação*. É desnecessário e mesmo ocioso acrescentar ao aludido vocábulo (dever) a palavra *poder*, já que este é inegavelmente inerente ao exercício de autoridade pública.

5.3 Condições da ação

As denominadas condições da ação, no processo penal brasileiro, condicionam o conhecimento e julgamento da pretensão veiculada pela demanda ao preenchimento prévio de determinadas exigências, ligadas ora à identidade das partes, com referência ao objeto da relação de direito material a ser debatida, ora à comprovação da efetiva necessidade da atuação jurisdicional.

Certamente a exigência conceitual de se fixar os contornos da distinção entre o direito de *petição*, histórica e constitucionalmente assegurado aos cidadãos em face do Estado, e o direito de *ação*, cuja elaboração teórica remonta ao século passado, teve decisiva contribuição de Enrico Túlio Liebman, ilustre processualista italiano, no que se refere às denominadas *condições da ação*. Estas atuariam, então, como uma necessária mitigação do *direito*, abstratamente assegurado a todos, à provocação da jurisdição, independentemente da obtenção de qualquer resultado favorável (teorias do direito abstrato de ação).

As conhecidas condições da ação constituir-se-iam em determinados condicionamentos ao exercício da provocação do poder jurisdicional, cujo desatendimento não impediria o direito à jurisdição ou ao processo, ou seja, o direito de obter qualquer pronunciamento dos órgãos jurisdicionais, mas, sim, *ao julgamento da pretensão de direito material* a ela apresentada, isto é, ao julgamento do mérito.

Aqui, uma observação. Por *mérito* na ação penal condenatória há de entender-se:

a) a existência de um fato (materialidade);
b) ser este fato imputável ao acusado (autoria);
c) constituir este fato uma ação típica, ilícita e culpável (a materialidade *normativa*, ou, em uma palavra, o *crime*, na sua definição dogmática [conceito analítico]);
d) não se encontrar extinta a punibilidade.

Assim, para que seja possível o exame de tais questões, é preciso, antes, a superação de outras, de natureza eminentemente processual.

5.3.1 Interesse de agir

De modo geral, na teoria do processo, afirma-se que o interesse de agir encontra-se ligado à necessidade da escolha jurisdicional para a composição do conflito surgido entre quem se alega titular de um direito subjetivo, oponível a outro, e este, devedor da obrigação a ele correspondente, na clássica conceituação do direito *privado*, no sentido de que a um direito corresponde um dever. A via jurisdicional, para ser acionada, exigiria, então, o esgotamento prévio e anterior de todas as possibilidades possíveis de autocomposição.

Se assim se dá no processo civil, o mesmo não ocorre no processo penal, em que, a partir da processualização da persecução penal, não se pode pensar em imposição de sanção penal senão após o devido processo legal. É claro que nas ações penais *não condenatórias* (ação de revisão, mandado de segurança, *habeas corpus* etc.) o interesse de agir, como condição da ação, pode perfeitamente ser aplicável ao processo penal, com a mesma configuração que lhe dá a chamada teoria geral do processo.

No âmbito específico do processo penal, entretanto (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro *plus* ao conceito de interesse), desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-*utilidade*.

Assim, no campo processual penal, tal concepção é bastante proveitosa, sobretudo no que respeita às hipóteses de reconhecida e incontestável probabilidade de aplicação futura da prescrição retroativa.

Com efeito, diante da constatação, feita nos próprios autos do procedimento de investigação (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação), da

impossibilidade fática de imposição, ao final do processo condenatório, de pena em grau superior ao mínimo legal, é possível, desde logo, concluir pela inviabilidade da ação penal a ser proposta, porque demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente. E assim ocorre porque, em tais hipóteses, o prazo prescricional inicialmente considerado, isto é, pela pena *em abstrato* (art. 109, CP), seria sensivelmente reduzido após a eventual sentença condenatória (com a pena *concretizada*). Semelhante operação seria possível antes mesmo do início da ação penal, à vista das condições pessoais do agente imputado ou das circunstâncias *objetivas* do fato, que impediriam, em sede de juízo prévio, a imposição de pena acima do mínimo previsto no tipo penal adequado ao fato apurado na investigação.

Por isso, entendemos perfeitamente possível o requerimento de arquivamento do inquérito ou peças de investigação por ausência de interesse – *utilidade* – de agir.

No entanto, deve-se estar atento às disposições da Lei nº 12.234/10, que passou a impedir que o termo inicial da prescrição retroativa tenha data anterior à data da denúncia ou queixa (art. 110, § 1º, CP). Assim, os fatos praticados a partir de sua vigência não se submeterão mais à questão aqui levantada, no que toca à ausência de interesse de agir. Poderá haver, se for o caso, eventual ausência de interesse de recorrer, na hipótese de decisão absolutória, considerando-se os marcos interruptivos a partir da denúncia ou queixa.

Note-se que não se trata do reconhecimento de prescrição *em perspectiva*. As causas extintivas da punibilidade dependem de lei. O que estamos a nos referir diz respeito a questões de índole processual.

Nesse passo, registre-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula 438: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

Ainda a respeito do interesse de agir, há doutrinadores que também fazem menção ao chamado *interesse-adequação*, que seria o ajustamento da providência judicial requerida à solução do conflito subjacente ao pedido. Percebe-se, porém, que, ao

menos no processo penal condenatório, a aventada adequação não ostenta qualquer utilidade, dado que, ainda que o pedido de imposição de determinada sanção não corresponda efetivamente àquela prevista na cominação legal pertinente ao fato imputado ao agente, nada impede o recebimento da denúncia ou queixa e o regular processamento do feito, consoante o disposto no art. 383 do CPP.

5.3.2 Legitimidade

À exceção do *habeas corpus* e da *revisão criminal*, o processo penal brasileiro impõe, como regra, a exigência de que somente determinadas pessoas possam promover a ação penal. Impõe, pois, a exigência de *legitimidade ativa* para a promoção e o desenvolvimento de atividade persecutória.

Como regra, tal atividade é privativa do Estado, por meio do Ministério Público (art. 129, CF), reservando-se a determinadas pessoas, em situações específicas, o direito à atividade *subsidiária*, em caso de *inércia* estatal, e à iniciativa *exclusiva* do particular, em atenção às peculiaridades de algumas infrações penais e das consequências específicas que delas resultam.

Contudo, mesmo tratando-se de *legitimidade* do Ministério Público, é preciso que se faça, desde logo, uma distinção: embora uno e indivisível, não quer dizer que qualquer órgão do Ministério Público possa validamente postular a aplicação da lei penal. A distribuição de *atribuições* do *parquet* tem sede na própria Constituição Federal e é feita, tal como ocorre em relação ao princípio do juiz natural, segundo a *matéria* e segundo a *prerrogativa de função* do agente. Assim, a *legitimação ativa* para a instauração de ação penal perante a Justiça Federal é atribuída ao Ministério Público Federal, do mesmo modo que ao Promotor de Justiça caberá a iniciativa (e, por isso, a legitimação ativa) para a propositura de ação ou arquivamento de inquérito em tramitação perante a Justiça Estadual.

Mesmo no âmbito dos tribunais, há a imposição de uma *legitimação ativa*, decorrente da atribuição constitucional, a determinados órgãos do Ministério Público. Assim, por exemplo, somente o Ministério Público Federal tem legitimidade para

oficiar *originalmente* nos Tribunais Superiores, muito embora o Ministério Público Estadual possa eventualmente levar casos àqueles tribunais através de recursos e impugnações judiciais quando oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal (RE 985.392, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Afora isso, no campo processual penal, tendo em vista que o tema relativo à autoria diz respeito, como vimos, ao próprio mérito da ação condenatória, a legitimidade *ad causam*, como condição da ação, somente oferece relevância quando em relação ao polo *ativo*, isto é, no que se refere à iniciativa da persecução penal. Semelhante observação não se aplica, porém, às ações penais *não condenatórias*, como o *habeas corpus, a revisão criminal* e o *mandado de segurança* em matéria penal, nas quais, sobretudo em relação às ações mandamentais (*habeas corpus* e mandado de segurança), é necessário apontar com exatidão a autoridade que figurará no polo passivo.

Tratando-se de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, a legitimidade ativa é sempre do Ministério Público, não só como regra imanente do nosso modelo acusatório, mas também por força expressa de norma constitucional (art. 129, I). Nas demais ações, ação penal privada ou privada *subsidiária* da pública, como se verá, a lei atribui ao particular, e só a ele, a exclusividade da iniciativa penal.

É bem de ver ainda que o tema (*legitimatio ad causam*) não pode ser tratado nas mesmas bases do processo civil, já que o Ministério Público (em regra, o legitimado ativo) não pode ser considerado o *titular* da relação de direito material suscitada no juízo penal. O Estado, como vimos, ao vedar a solução privada do conflito e ao retirar do particular a generalidade da iniciativa penal, assume a condição de tutor da ação penal, tal como ocorre em relação à jurisdição, exercendo a sua função no interesse muito mais *preventivo* (no sentido da função de prevenção, geral e especial, da pena) que propriamente em favor de interesse próprio ou mesmo da vítima do fato delituoso (que, aliás, algumas vezes, em ações públicas, pode nem existir).

5.3.3 Possibilidade jurídica do pedido

A transposição, para o processo penal, do conceito de possibilidade jurídica do pedido, tal qual se elaborou na teoria do processo civil, oferece algumas dificuldades, aliás, também experimentadas no campo em que floresceu a aludida categoria jurídica.

Normalmente, a doutrina processual penal refere-se à possibilidade jurídica do pedido como a previsão no ordenamento jurídico da providência que se quer ver atendida. Ausente ela, o caso seria de carência da ação penal, por falta de condição da ação.

Entretanto, pelo menos nas ações penais condenatórias, é bem de ver que, ainda que se requeira a condenação do acusado à pena de morte, por exemplo (caso típico de ausência de previsibilidade da providência requerida), nada impede que a ação penal se desenvolva regularmente, porque ao juiz permite-se a correta adequação do fato à norma penal correspondente, com a aplicação da sanção efetivamente cominada, por força da *emendatio libelli* prevista no art. 383 do CPP. Por isso, não se podendo extinguir o processo pela impossibilidade jurídica do pedido assim aviado, não se pode, também, aceitar tal hipótese como de condição da ação penal condenatória.

A observação que se impõe, então, desde logo, é que, em tema de *pedido*, na ação penal condenatória, a exigência de previsibilidade abstrata da providência requerida não constitui óbice à admissibilidade da ação e ao conhecimento da pretensão. E assim é também porque a regra é que se apresente ao juízo criminal o pedido de condenação do acusado, pouco importando o eventual descompasso entre a sanção pretendida e aquela cominada no tipo penal previsto para o fato imputado.

No entanto, ainda que, após a descrição da conduta tida por criminosa, o Ministério Público requeira providência judicial distinta da condenação – por exemplo, pedido de natureza declaratória da autoria e materialidade, sem qualquer pretensão de imposição de sanção penal –, parece-nos, a solução será sempre a mesma: tratando-se de ação penal pública, em que a acusação é dever do Estado, a só imputação a alguém da prática de um fato alegadamente delituoso (art. 41, CPP) constitui manifestação expressa da pretensão punitiva, ensejando ao juiz, por ocasião

da sentença, a adequação do fato à norma, impondo a solução de direito que lhe parecer aplicável, igualmente por força da *emendatio libelli* prevista no art. 383 do CPP.

Diferentemente poderia ocorrer quanto à ação penal *privada*, em que se exige pedido expresso de condenação por ocasião das alegações finais (art. 60, III, CPP) Ocorre, porém, que essa exigência se dá apenas em sede de alegações finais, não a exigindo o art. 41 do CPP. Por isso, e porque se permite que o querelante faça a adequação da providência por ocasião das alegações finais, *desde que requeira a condenação*, não vemos aí hipótese de carência de ação. Acaso não o faça (pedido de condenação), a solução será de *perempção* da ação já ajuizada e admitida, e não de carência dela.

Questão diversa, e mais complexa, diz respeito às hipóteses de *atipicidade* dos fatos imputados ao acusado, quando, então, não mais propriamente do pedido se cuida, mas da causa dele, ou seja, da *causa petendi*.

Embora se reconheça que a ausência de tipificação de determinada conduta descrita na inicial configure hipótese de ausência de previsibilidade no ordenamento jurídico, não nos parece, ainda, a hipótese de carência de ação, por falta de uma de suas condições.

A nosso juízo, em tais situações, ocorre verdadeiro julgamento *antecipado* do processo, sem a necessidade de instrução, circunscrito, portanto, à definição exclusivamente de direito dada aos fatos e às circunstâncias especificamente descritas na denúncia ou queixa. E é exatamente nesse sentido a modificação trazida pela Lei nº 11.719/08, que, ao tempo em que revogou o art. 43 do CPP (art. 3º), estabeleceu a hipótese de *absolvição sumária* para os casos de *existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato (art. 397, I, CPP); existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (art. 397, II, CPP); o fato narrado evidentemente não constituir crime (art. 397, III, CPP); estiver extinta a punibilidade (art. 397, IV, CPP)*.

Verifica-se, portanto, que a atipicidade do fato é tratada como *questão de mérito*.

Naturalmente, em semelhante situação, não se irá avançar sobre a existência ou

não dos fatos, reservada à fase instrutória, mas, abstraindo-se de tal questão, defere-se ao magistrado, em juízo antecipatório, a possibilidade de afastar, o quanto antes (sem que se chegue à instrução), a pretensão punitiva – ainda que, por abstração, verdadeiros sejam os fatos alegados – por ausência de consequência jurídico-penal a eles, solucionando, desde logo, o próprio conteúdo de mérito do processo.

Tratando-se, então, de decisão de mérito, isto é, de verdadeira sentença absolutória, a coisa julgada que sobre ela se formará terá eficácia preclusiva de *coisa julgada material*, impedindo a rediscussão da matéria – limitada, repetimos, exclusivamente aos fatos e às circunstâncias tal como efetivamente descritos na inicial – em qualquer outro processo. É de se ver a jurisprudência do STF – HC nº 66.625/SP (*RTJ* 127, p. 193) e HC nº 80.560/GO (*Informativo STF* nº 218), anterior à modificação legislativa, mas inteiramente pertinente.

5.3.4 Condições de procedibilidade

No processo penal, em determinadas situações, a lei exige o preenchimento de determinadas e específicas condições para o exercício da ação penal. Assim, por exemplo, nas ações penais públicas condicionadas, o Ministério Público somente poderá ingressar com a ação se já oferecida a *representação* (autorização ou consentimento do ofendido ou outro a tanto legitimado) ou requisição do Ministro da Justiça, hipótese, entre outras, dos crimes cometidos nas condições previstas no art. 7º, § 3º, *b*, do CP, e daqueles praticados contra a honra do Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro (art. 145, parágrafo único, CP). Outro exemplo: o disposto nos arts. 525 e 526, ambos do CPP, que cuidam da necessidade de a denúncia ou a queixa estarem instruídas com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito nos crimes contra a propriedade imaterial.

No âmbito das ações de iniciativa do ofendido é também requisito de admissibilidade da ação (condição de procedibilidade) a decisão judicial de anulação do casamento passada em julgado, para que se possa ajuizar pretensão punitiva decorrente da prática de crime de induzimento a erro essencial e ocultação

de impedimento (art. 236, CP).

A Lei nº 11.101/05, Lei de Falências (e de recuperação, judicial e extrajudicial, das empresas), mantém antiga exigência de decretação da sentença (de falência e que concede a recuperação judicial e que homologa a recuperação extrajudicial) como condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação. Embora o art. 180 da Lei nº 11.101/05 afirme que referido ato judicial (declaratório da falência, concessivo da recuperação judicial ou homologatório da recuperação extrajudicial) constitui *condição objetiva de punibilidade*, não vemos o menor inconveniente em sustentar *também* a classificação de condição de procedibilidade, *nos precisos e expressos termos do art. 187* da mencionada legislação.

A doutrina, de modo geral, considera as condições de procedibilidade condições *específicas* da ação penal (porque somente exigíveis para determinadas ações), enquanto as demais, comuns a qualquer ação (interesse, legitimidade e possibilidade jurídica), seriam as condições *genéricas* da ação penal.

Acompanhando a doutrina de Afrânio Silva Jardim (1999, p. 98), parece-nos que as chamadas condições de procedibilidade da ação podem ser perfeitamente conduzidas à categoria da possibilidade jurídica do pedido, e aí efetivamente como *condições da ação*.

No ponto, vale a pena transcrever lição de Humberto Theodoro Júnior, para quem

> "[...] o cotejo do pedido com o direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua improcedência, caso conflite com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão, *prima facie*, se revele temerária ou absurda [...] impõe-se restringir a possibilidade jurídica do pedido a seu aspecto processual, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira condição da ação, como requisito prévio de admissibilidade do exame da questão de mérito.
>
> [...]
>
> Com efeito, o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido imediato, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e 2º, o pedido mediato, contra o réu, que se refere à providência de direito material. A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor [...]" (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 54).

A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, tal como ocorria com o atualmente revogado art. 43, CPP, sequer se refere de modo expresso às condições de procedibilidade, limitando-se a mencionar a *falta de pressuposto processual ou de*

condição para o exercício da ação penal. Assim, embora alterada a legislação, não hão de perder o prestígio que eventualmente gozavam as construções teóricas que procuram especificar distinções entre as condições de procedibilidade e as condições da ação.

Nas edições anteriores deste Curso, e em atenção à dimensão constitucional da questão, deitamos falação acerca de uma suposta condição de procedibilidade em matéria de crimes contra a ordem tributária (e previdenciária), apontada em alguns setores da doutrina e da jurisprudência.

Trata-se da exigência, ou não, do esgotamento da via administrativa para o início da persecução penal, ou, de outro, se existiria ou não essa condição de procedibilidade.

No entanto, parece-nos desnecessário prosseguirmos no tema.

É que a Suprema Corte já consolidou seu entendimento sobre a matéria, entendendo existir, não uma condição de procedibilidade, mas, mais que isso, uma condição *objetiva de punibilidade*. Uma condição de procedibilidade é uma questão *processual;* a condição objetiva de punibilidade, ao contrário, diz respeito ao Direito Penal.

Por isso, deixamos apenas registrada a polêmica, atualmente encerrada com a Súmula Vinculante 24, do STF: "*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º , I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*."

A Suprema Corte, bem se vê, ressalva a situação dos delitos *formais*, ou de mera conduta, tal a hipótese daqueles elencados no art. 2º da mesma Lei nº 8.137/90, para os quais não existiria a necessidade de esgotamento da via administrativa.

Mas note-se que nem mesmo ali há convergência conceitual sobre a matéria.

No HC nº 81.611-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, fixou-se orientação no sentido de se reconhecer uma *condição objetiva de punibilidade* – fora do tipo, pois – na apreciação da questão (tributo devido ou não) pela Administração Fazendária.

Já no julgamento do HC nº 84.555-0/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 14.9.2007, 2

Turma, o que se decidiu foi pela *subordinação* do Ministério Público aos órgãos fazendários, dado que "ser devido ou não" o tributo seria *um elemento normativo do tipo*, de modo que a manifestação da Fazenda não seria condição de punibilidade. A consequência de tal decisão é da maior gravidade: entendeu-se que quando estiver presente a *decadência* do tributo (prazo de cinco anos) não restará tipo penal algum!

E no Superior Tribunal de Justiça, então, sequer se adotou a distinção da citada Súmula Vinculante de nº 24. Veja-se, por exemplo, decisão proferida pela 5ª Turma do STJ, HC nº 97.789-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 3.12.2009, na qual se vislumbra condição objetiva de punibilidade também para crimes tributários *formais*.

Com isso, de nada mais adiantaria discutir a independência entre a instância administrativa, responsável pela constituição do crédito tributário, e a judiciária. Parece desimportante, portanto, a titularidade do *parquet* para a ação penal. Nos crimes tributários, ela dependerá do procedimento administrativo.

Não aderimos a essa orientação: nos chamados *crimes materiais*, cuja consumação exige não só resultado, mas a prática de ação fraudulenta (no tipo penal), nada poderia impedir o Ministério Público de examinar a matéria, independentemente da posição da Receita Federal, sobretudo porque, ainda que não devido o tributo, poder-se-ia encontrar crime remanescente – *falsidade material*, por exemplo. Note-se que ali, hipóteses do art. 1º, I a IV, há a previsão de condutas *fraudulentas* nos tipos penais.

São estes os caminhos percorridos na discussão da matéria, ora sob a perspectiva de suposta ausência de condição *objetiva de punibilidade* (condição ou circunstância que se encontra *fora do tipo penal*), ora no campo da própria *tipicidade* (a consumação dependeria de *ser devido o* tributo), ambos no âmbito do Direito Penal, e até mesmo no campo processual, de suposta ausência de condição de procedibilidade para a ação penal tendo por objeto crime contra a ordem tributária. A existência do tributo e do crime dependeria, portanto, nessa linha de raciocínio, da manifestação final da Administração Fazendária.

No julgamento do *leading case* da questão, HC nº 81.611/DF, no Supremo

Tribunal Federal, em que foi Relator o eminente Min. Sepúlveda Pertence, Sua Excelência, cujo voto foi seguido pela maioria – vencidos os Mins. Joaquim Barbosa, Carlos Ayres e a Min. Ellen Gracie –, acolheu a ausência de justa causa para a ação, cuidando, porém, de sustar o curso do prazo prescricional, enquanto não resolvida a matéria no âmbito fazendário.

Em um ponto o ilustre e então Min. Pertence tinha e tem razão: a possibilidade de extinção da punibilidade pelo *pagamento* do tributo – e também pelo *parcelamento*, com o respectivo *reconhecimento* do débito – pode funcionar como instrumento de inibição ao contribuinte, relativamente ao eventual questionamento, administrativo e judicial, do débito.

Quanto a isso, pode-se objetar, porém, que a solução mais adequada não seria o reconhecimento da ausência de *justa causa* para a ação, quando não resolvida definitivamente a matéria administrativa, mas, sim, a suspensão do processo penal, se demonstrada a relevância da questão, a ser revelada, por exemplo, com a decisão judicial (cível) de suspensão da exigibilidade do tributo. Aplicar-se-ia, portanto, o disposto no art. 93 do CPP, que cuida da chamada *questão prejudicial heterogênea*. Nesse caso, a suspensão do processo teria prazo certo, no curso do qual não correria a prescrição (art. 116, I, CP).

De todo modo, o aspecto mais problemático da questão se encontra na mencionada decisão da 2ª Turma do STF no HC nº 84.555-0-RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, no sentido de que a *fluência do prazo decadencial* da constituição do crédito tributário implicaria a impossibilidade de realização do tipo penal relativo à conduta tendente a *suprimir ou reduzir tributo devido*. No mesmo sentido, STJ – HC nº 77.986-MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 13.9.2007.

Ora, na hipótese de *decadência tributária*, quando a constituição do crédito tributário não se opera por razões absolutamente independentes da *existência ou não do crédito*, e da existência ou não de *crime*, não se pode recusar a intervenção penal, desde que ainda não prescrito o delito.

Fazer decorrer da decadência tributária, matéria de política fiscal, uma modalidade de causa *extintiva da punibilidade* constitui indevida ingerência no

âmbito da política criminal. Indevida e sem previsão legal. Fazer o Ministéric Público depender da presteza dos órgãos fazendários na constituição do crédito não nos parece juridicamente justificado.

5.3.5 *A justa causa*

O que era apenas uma construção doutrinária no cenário processual penal tornou-se matéria de lei.

Com efeito, a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, além de revogar o art. 43, CPP, incluiu expressamente a justa causa como uma questão preliminar, consoante se vê no disposto no art. 395, III, CPP. Não se afirmou ali nem que se tratava de uma condição da ação e nem qual seria o seu real significado. O que seria ela, então?

Além das já conhecidas condições da ação – genéricas e específicas –, Afrânio Silva Jardim, muito antes da Lei nº 11.719/08, enumerava uma outra, que seria, a seu aviso, a quarta condição da ação: a *justa causa* (1999, p. 54).

Sustentava o ilustre processualista que o só ajuizamento da ação penal condenatória já seria suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves repercussões na órbita de seu patrimônio moral, partilhado socialmente com a comunidade em que desenvolve as suas atividades. Por isso, a peça acusatória deveria vir acompanhada de suporte mínimo de prova, sem os quais a acusação careceria de admissibilidade.

E também não faltou doutrina (TUCCI, 2002, p. 95) incluindo a *justa causa* entre as condições da ação e não como espécie distinta, porquanto ligada à exigência de um *legítimo interesse* na instauração da ação, apto a condicionar a admissibilidade do julgamento do mérito – *interesse de agir*, pois.

A nosso ver, a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa

indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*.

No entanto, em tese, também é possível analisar a questão sob outra ótica.

É que se admitir a rejeição da peça acusatória sob tal fundamento (falta de justa causa) iria unicamente em favor dos interesses persecutórios, dado que permitiria o novo ingresso em juízo, após nova coleta de material probatório. Ora, se a acusação não tem provas nem as declina na inicial, não deveria propor a ação. Uma vez oferecida a denúncia, ou queixa, pode-se argumentar, a ação deveria ter seguimento, com a absolvição do acusado – e não a rejeição da denúncia, por falta de justa causa –, se insuficiente a atividade probatória da acusação.

Sempre admitimos a existência da justa causa como condição da ação, seja como *quarta condição* (da ação), inserida no contexto da demonstração do interesse (utilidade) de agir, seja enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida. Como, aliás, era previsto no art. 44, § 1º, da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Referida legislação foi tida como não recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, não mais se aplicando suas disposições, conforme julgamento na ADPF 130-7. No mesmo sentido, traduzindo a exigência de lastro probatório mínimo também a Lei nº 9.613/98 (lavagem de capitais), nos termos do art. 2º, § 1º (hoje com a redação da Lei nº 12.683/12).

A questão não poderia se reduzir a uma disputa entre interesses de *absolvição*, pela manifesta ausência de provas, e interesses de *acusação*, no sentido mais específico de *parte* (acusadora).

Do ponto de vista do exercício do Poder Público, com efeito, não se deve admitir o desenvolvimento de atividade jurisdicional *inútil*, ou útil apenas em relação a determinados fins e interesses. Não há um direito subjetivo do acusado em ver julgado o mérito da ação penal, sobretudo quando o único fundamento a legitimar tal pretensão seja a inadequação da iniciativa persecutória.

Assim, bem-vinda a redação do art. 395 do CPP, trazida com a Lei nº 11.719/08,

deixando expressamente assentada a justa causa como *condição da ação* (art. 395, III, CPP).

De outro lado, doutrina e jurisprudência já vinham admitindo a justa causa também como condição da ação (seja como condição específica, seja como genérica), já que, nos termos do art. 648, I, do CPP, sempre se admitiu o *habeas corpus* para trancamento de investigação ou de ação penal, sob o fundamento de ausência de justa causa, tanto para a solução de questões processuais (falta de prova mínima para lastrear a acusação, inépcia da inicial etc.) quanto para aquelas pertinentes *ao próprio mérito* da ação penal (prescrição ou qualquer outra causa extintiva da punibilidade, atipicidade manifesta etc.).

É de se ver importante decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, na qual se deferiu *habeas corpus* para trancar ação penal por ausência de suporte mínimo de prova (STF – HC nº 81.324/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 23.8.2002).

Também naquela E. Corte, decidiu-se que o "*reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal [...] reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal*" (STF – HC nº 82.393/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo* nº 317, 2003). Posteriormente, reafirmou-se referido caráter excepcional do trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* por ausência de justa causa (STF – HC 106.314/SP, 1ª Turma, Rel. Cármen Lúcia, julgado em 21.6.2011), consolidando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste sentido.

Como se vê, a inclusão expressa da justa causa como condição da ação, tal como se acha no art. 395, III, CPP, apesar de esclarecer a possibilidade de seu manejo em relação às questões processuais, não revogou o art. 648, I, CPP, com o que também questões de mérito, e particularmente a *atipicidade e as causas extintivas da punibilidade* continuarão a ser veiculadas em *habeas corpus*, como sempre foram. Sobre o ponto, aliás, pensamos que a concessão de *habeas corpus* para fins de trancamento da ação penal, sob o fundamento de atipicidade ou de extinção da

punibilidade, implicará a *absolvição sumária* dos pacientes (réus).

E mais. Até mesmo para o fim de impedir o indiciamento no curso de inquérito policial, parece-nos possível o manejo da ausência de justa causa, quando absolutamente inexistentes indícios probatórios para tal valoração (STF – Inq. nº 2.041/MG, Rel. Celso de Mello, em 6.10.2003).

Aliás, em sede de *habeas corpus*, para o qual é previsto o manejo expressamente *quando faltar justa causa* (art. 648, I, CPP), pensamos ser cabível o trancamento da ação ou do processo até mesmo em razão da ausência de *pressupostos processuais*. Nesse caso, não se trataria, à evidência, de uma condição da ação, a não ser no *lato sensu* da matéria processual.

5.4 Pressupostos processuais

O Direito Processual brasileiro adota critérios mais ou menos bem demarcados quanto a titularidade, oportunidade e viabilidade do exercício da ação penal, bem como acerca dos requisitos de validade da relação processual veiculada no processo. Em relação às primeiras, teríamos as chamadas *condições da ação*, enquanto, relativamente aos demais, os denominados *pressupostos processuais*.

Encontram-se na doutrina afirmações acerca dos pressupostos de *existência* do processo e da relação processual, além daqueles outros ligados ao seu regular desenvolvimento (pressupostos de *validade*).

Parece-nos, contudo, que, ao menos em relação à validade, nem de pressupostos se cuida, tratando-se, na verdade, de meros requisitos, sem os quais a lei não confere validade à atividade processual desenvolvida. Por pressuposto deve-se entender apenas o antecedente logicamente necessário à própria existência do objeto, em cujo campo se poderá afirmar a validade ou invalidade das atividades nele desenvolvidas.

Daí por que, segundo nos parece, somente é possível falar em *pressupostos* de existência do processo e da relação jurídica processual, bem como de *requisitos* de validade de seu regular desenvolvimento.

5.4.1 Pressuposto de existência

Desde logo, uma distinção necessária: pressuposto de existência do *processo* não é o mesmo que pressuposto de existência da *relação processual*. Esta, independentemente da teoria que se adote em relação ao tema – se angular, na qual se nega a relação jurídica processual entre autor e réu, ou se triangular, quando presente –, exige sempre o concurso ou a participação de autor e acusado, reunidos sob a jurisdição do magistrado.

E mesmo que não se aceite mais a expressão relação processual, atente-se para os termos do art. 363, *caput*, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, no qual se lê: "*o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado*". Haveria, então, processo completo e processo incompleto, tal como pode haver, dependendo do intérprete, relação jurídica processual completa e relação incompleta.

E para que tenhamos processo (incompleto, que seja), isto é, para que se exerça atividade jurisdicional, seria suficiente a existência de órgão investido de jurisdição (juiz) e de demanda (ato de pedir), veiculando a pretensão.

Exemplo cristalino da utilidade de tal distinção pode ser visto na decisão que rejeita liminarmente a denúncia ou queixa (art. 395, CPP). Nessa hipótese, embora incompleta a relação processual ou incompleto o processo (art. 363, CPP), já que o acusado sequer teria sido chamado em juízo, é bem de ver que, inegavelmente, teria existido o processo, a menos que se queira admitir manifestações do Poder Judiciário, e com eficácia preclusiva, fora do processo judiciário.

Por isso, não nos parece consistente a doutrina que inclui, entre os pressupostos de existência do processo, a presença de partes, autor e réu, exigência esta ligada, como vimos, tão somente à existência da relação jurídica processual penal.

Também não acompanhamos a doutrina que afirma como pressuposto de existência do processo a presença do órgão jurisdicional constitucionalmente competente, em razão da garantia, também constitucional, do juiz natural.

Deve-se observar, primeiro, que a função jurisdicional é *una*, prestando-se a

repartição de competências unicamente à adequada operacionalidade da jurisdição, consoante os critérios da especialização, ora por matéria, ora em atenção à pessoa do acusado (*ratione personae*).

Por essa razão, quando é provocada a jurisdição, cível ou penal, é o Estado quem atua nos autos – por meio de órgãos investidos dela –, fazendo-o no campo e no espaço que lhe são próprios: o processo. Negar existência à atividade estatal desenvolvida, ainda que por juiz incompetente, é recusar a existência da própria jurisdição enquanto Poder Público.

De resto, semelhante linha de raciocínio pode deixar o acusado inteiramente à mercê do Estado, enquanto se realiza a disputa pela definição final do órgão efetivamente competente para o processo e julgamento do fato alegadamente delituoso. É que, como se sabe, do ato inexistente não resulta efeito algum, ao contrário do que ocorre com o ato nulo, no qual, embora, em regra, não se admita a produção dos efeitos que lhe são próprios, é possível, diante de previsão normativa, atribuir a ele determinadas consequências jurídicas.

Exatamente por isso, e não pela só prevalência de um abstrato princípio do *favor rei*, ninguém será processado pelo mesmo fato, de que já tenha sido absolvido em outro processo (vedação da revisão *pro societate*), ainda que desenvolvido com violação à regra do juiz natural (art. 8º, 4, do Pacto de San José da Costa Rica vigente por força de tratado internacional ao qual o Brasil aderiu, conforme Decreto nº 678/92).

O argumento da *inexistência* do processo parece-nos inteiramente artificial, prestando-se, mais, a sustentar uma construção teórica que vê a impossibilidade de ratificação dos atos não decisórios realizados por juiz constitucionalmente incompetente, tal como genericamente previsto no disposto no art. 567 do CPP. Ora, a tanto, bastaria a leitura da Constituição da República que afirma que ninguém será *processado* nem *sentenciado* senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII).

Pressuposto de *existência* do processo, a nosso juízo, é tão somente o órgão investido de jurisdição, podendo-se até admitir a inclusão da exigência de *demanda* (ato de pedir em juízo e não o próprio *pedido*), já que se nos afigura remotíssima a

possibilidade, na prática e após o texto constitucional de 1988, do desenvolvimento de atividade jurisdicional iniciada sem o aviamento de qualquer pretensão de parte (Ministério Público ou o Querelante), ou seja, *ex officio*, pelo juiz.

Nesse sentido, isto é, sustentando que o vício de incompetência material (ou constitucional) é causa de nulidade absoluta, e não de inexistência do processo, é de se ver decisão do Pleno da Suprema Corte (HC nº 80.263-0/SP, Rel. Min. Ilma Galvão, *DJ* 27.6.2003).

5.4.2 Requisitos de validade

Superada que seja a questão relativa à existência do processo, cumpre observar que a legislação processual penal, tal como a civil, exige o cumprimento de alguns requisitos sem os quais a relação processual não poderá se desenvolver validamente. Os chamados pressupostos – que, na verdade, são requisitos – de validade do processo ou da relação processual dizem respeito ora ao juiz e às partes – e, por isso, são denominados *subjetivos* – ora ao próprio objeto da ação penal (pretensão) – caso em que se fala em requisitos *objetivos*.

Em relação aos requisitos subjetivos, pode-se arrolar:

a) Quanto ao juiz:

   a.1) a competência e a imparcialidade, ou seja, a ausência de hipóteses de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, ainda que o art. 564, I, do CPP, refira-se apenas à suspeição e ao suborno do magistrado. Como vimos, a imparcialidade do juiz é regra imanente do sistema processual constitucional.

b) Quanto às partes:

   b.1) a capacidade processual ou *legitimatio ad processum*, isto é, a capacidade de estar em juízo (exemplificativamente, relembre-se do caso do ofendido menor de 18 anos que somente pode exercer o direito de ação por meio

de seu representante legal, conforme art. 30, CPP). Note-se, ainda, que o menor de 18 anos também não tem capacidade para integrar a relação processual nem mesmo como réu (além da inimputabilidade penal, de natureza *material*);

b.2) a capacidade postulatória, devendo a parte, se não for habilitada, ser representada por advogado regularmente habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, à exceção da ação de *habeas corpus* (art. 654, CPP), ação de revisão criminal (art. 623, CPP), recursos (art 577, CPP), e incidentes de execução, tais como pedido de reconhecimento de anistia ou indulto (art. 187, Lei de Execução Penal) e de reabilitação (art. 743, CPP).

Quanto aos requisitos objetivos de validade, a doutrina costuma arrolar:

a) *citação válida*, cujo vício poderá ser suprido pelo comparecimento espontâneo (art. 570, CPP). Saliente-se aqui, que há autores que sustentam a inexistência e não a nulidade da relação processual – e não do processo! – quando ausente a citação do réu. Ainda que nos pareça sedutora a observação, o fato é que nosso ordenamento processual cuida da matéria como hipótese de nulidade absoluta (art. 564, III, *e*, CPP);
b) observância das exigências legais atinentes aos requisitos da denúncia ou queixa (art. 41, CPP), no que se refere à idoneidade formal da peça de ingresso.

Não falta também quem inclua entre os requisitos de validade a inexistência de *coisa julgada e a ausência de litispendência*.

Contra semelhante classificação pode-se argumentar que tanto a litispendência quanto a coisa julgada não dizem respeito à validade do processo, até porque o vício, quando existente, se encontraria mesmo fora do processo, ou seja, decorreria apenas da existência de outro processo, versando – ou já tendo versado e decidido – a mesma pretensão. A hipótese estaria ligada, então, ao tema da admissibilidade da ação e não à invalidade do processo (SOUZA, 1998, p. 36).

Observe-se que o tema relativo aos requisitos de validade do processo e da relação processual penal, exatamente porque identificado com o seu válido desenvolvimento, encontra-se regulado, de modo geral, no campo das nulidades processuais previstas nos arts. 564 e seguintes do CPP.

Por fim, salienta-se que a ausência de pressupostos e/ou de requisitos processuais é causa de rejeição da denúncia ou queixa, nos termos do art. 395, II, CPP.

E, mais. Ainda que recebida a peça acusatória, deve o juiz, se constatar a ausência de pressuposto de existência do processo, anular, de ofício, a própria decisão anterior, com fundamento no art. 564, II, CPP. Nesse caso, o fundamento seria por analogia, já que a ilegitimidade de parte ali prevista é condição da ação (cujo tratamento é o mesmo destinado aos pressupostos processuais). Também por analogia, a hipótese do inciso III, *e*, serviria de suporte para a decisão de anulação do recebimento da peça acusatória, tendo em vista que a citação válida é considerada pressuposto processual. Analogias de extremo proveito, com o fim de evitar perda futura de atividade jurisdicional.

5.5 Ação penal pública incondicionada

5.5.1 Ação (penal) popular e crime de responsabilidade

A Lei nº 1.079/50 dispõe sobre os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, pelos Ministros de Estado, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pelo Procurador-Geral da República e pelos Governadores dos Estados e seus secretários.

Tratando-se do Presidente da República e dos Ministros de Estados, quando conexos (os crimes) àqueles praticados pelo primeiro, bem como do Procurador-Geral da República, Ministros do Supremo Tribunal Federal, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público e o Advogado-Geral da União, a competência para o julgamento é do Senado Federal (art. 52, I e II CF), observando-se, em relação ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, a competência da Câmara dos Deputados para a admissibilidade e a formalização da acusação (art. 51, I, CF; art. 86, CF; e arts. 20 a 23 da Lei nº 1.079/50).

Em relação aos Governadores dos Estados e respectivos Secretários, a

competência para o processo e o julgamento é atribuída às Assembleias Legislativas (arts. 74 e 75, Lei nº 1.079/50).

No plano municipal, o Decreto-lei nº 201/67 autoriza qualquer eleitor a propor ação de cassação do prefeito, em denúncia a ser encaminhada à Câmara de Vereadores, competente para o julgamento, em razão da prática de infrações político-administrativas previstas no art. 4º da mencionada lei (art. 5º, I, Decreto-lei nº 201/67).

Em todas as situações mencionadas, o que se estará exercitando é a chamada *jurisdição política* – ainda quando a competência para o julgamento seja atribuída a órgãos do Judiciário –, responsável pelo processo e julgamento de infrações políticas, isto é, infrações praticadas por agentes políticos do Poder Público, no exercício de cargos e funções públicas. Tais infrações, embora historicamente tratadas por crimes de responsabilidade, não constituem, a rigor, infrações penais, abarcadas pelo Direito Penal.

José Frederico Marques, em *Observações e apontamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal*, conforme lembra Paulo Brossard (1965, p. 69), reconhece que "*o crime de responsabilidade, embora assim chamado, infração penal não o é, pois só se qualificam como entidades delituosas os atos ilícitos de cuja prática decorra sanção criminal*". E, mais adiante: "*Se o crime de responsabilidade não é sancionado com pena criminal como delituoso não se pode qualificar o fato ilícito assim denominado, pois o que distingue o crime dos demais atos ilícitos é, justamente, a natureza da sanção abstratamente cominada*."

Aliás, Brossard, na obra citada, não hesita em afirmar, peremptoriamente, que "*convém se diga desde logo, os crimes de responsabilidade não são crimes. Não correspondem a ilícitos penais. [...] São infrações estranhas ao Direito Penal os chamados crimes de responsabilidade. São infrações políticas da alçada do Direito Constitucional*" (1965, p. 69 e seguintes).

Com efeito, não vemos como enquadrar as infrações políticas, ou crimes de responsabilidade, no âmbito do Direito Penal. E são muitas e diversas as razões. Entretanto, uma delas, talvez a mais singela, seja mais que suficiente para reafirmar

tal convicção.

É que a ilicitude, enquanto contrariedade do fato à norma de direito, pode estender-se a diversos ramos do mesmo ordenamento, podendo um único fato constituir tanto a ilicitude penal como a civil, administrativa e disciplinar, para citar apenas algumas. Assim, o princípio da proibição do *bis in idem* impede a dupla incriminação e dupla apenação fora do regime *concursal* (arts. 69, 70 e 71, CP), quando presente a violação a bens jurídicos distintos. Ressalve-se também o caso de penas distintas cumulativamente cominadas.

Releva notar, ainda, que a sanção prevista para os chamados crimes de responsabilidade limita-se a impor a pena de perda de cargo público e proibição de seu exercício por prazo certo, não guardando pertinência com a natureza da sanção criminal.

Não bastasse, e se necessário fosse ir ainda mais longe, não se pode perder de vista que o crime é fenômeno social, sempre ligado às regras da convivência humana, do que resulta a exigência de um Direito Penal de intervenção mínima, como *ultima ratio*, legitimando-se a criminalização somente diante de ofensas, efetivas ou potenciais, a bens jurídicos indispensáveis à coexistência.

Os crimes de responsabilidade, quando não tipificados também como crimes comuns, não têm a dimensão coletiva e difusa própria dos interesses do Direito Penal, no que se refere aos bens selecionados para a necessária tutela. Relembre-se, como exemplo, do fato definido no art. 9º, item 7, da Lei nº 1.079/50, que estabelece ser crime de responsabilidade do Presidente da República o "proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo". Percebe-se, aqui, e com toda a evidência, que semelhante tipificação não ostenta nem sequer atributos mínimos daquela própria do Direito Penal, na medida em que deixa exclusivamente ao juízo político do Senado da República a fixação dos critérios em que deveria se pautar o Chefe do Executivo para atender ao decoro do cargo.

Assim, os crimes de responsabilidade têm muito de responsabilidade (política) e nada de crime.

Com isso, não se podem incluir as ações instauradas para as respectivas apurações

entre as ações penais propriamente ditas, tratando-se, na verdade, de procedimentos realizados no âmbito da jurisdição política.

Por isso, não nos parece sustentável o argumento de que, a partir da Constituição de 1988, a persecução em razão da prática de crime de responsabilidade seria também privativa do Ministério Público (art. 129, I, CF). Isso porque, como vimos em tal situação não se pode falar rigorosamente em ação penal, ainda que a terminologia adotada na Constituição faça referência a crimes de responsabilidade.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet. 1.954 (*DJ* 1.8.2003), vencidos os Mins. Celso de Mello e Marco Aurélio, recusou a legitimidade popular para as ações de *impeachment* contra Ministros de Estado, ao fundamento de tratar-se de questão de natureza penal (e não político-funcional), encaminhando os autos para a Procuradoria-Geral da República, nos termos do art. 129 da Constituição Federal. Com isso, pacifica-se, e mal (na jurisprudência), a matéria. E, ainda, STF – Pet. 1.656/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa*Informativo STF* nº 281.

Apenas a título de registro, o STF converteu, em 2015, sua Súmula 722 em Vinculante (Súmula Vinculante 46), alterando apenas a ordem textual: "A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União".

5.5.2 Ação penal pública incondicionada: princípio fundamental: a obrigatoriedade

Já examinada a ação penal nos crimes de responsabilidade, voltamos a atenção, agora, para a ação pública incondicionada nos demais crimes.

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da *obrigatoriedade*.

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal.

E da definição jurídico-conceitual de crime põe-se o primeiro problema relativo à obrigatoriedade da ação penal. Estaria o órgão do Ministério Público compelido à propositura da ação penal, ainda quando entendesse presente algumas das causas excludentes da ilicitude, ou seja, as chamadas causas de justificação da conduta?

O art. 415, IV, do CPP, no procedimento do júri, autoriza o juiz, na fase da pronúncia, a absolver sumariamente o acusado quando convencido da existência de quaisquer das causas excludentes da ilicitude e de culpabilidade (consoante o disposto nos arts. 20 a 28, CP), apesar de haver dispositivo constitucional exigindo a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII).

A razão da aludida regra de exceção funda-se na consideração – cuja recepção pela ordem constitucional nem sequer é contestada – da inconveniência e mesmo inutilidade prática de se submeter o autor de tais fatos (lícitos ou não culpáveis) ao constrangimento inevitável do processo perante o Tribunal do Júri, quando estiverem presentes provas seguras e insofismáveis das apontadas excludentes.

A nosso aviso, indo um pouco mais além, e pelas mesmas razões, se o próprio órgão da acusação, em qualquer procedimento, reconhece a robustez da prova nesse sentido, sobretudo porque colhida em fase de investigação, na qual a defesa, a rigor, não oferece qualquer contribuição, o caminho que mais adequadamente se lhe abre é o do requerimento de arquivamento do inquérito, já que obrigado à iniciativa penal apenas quando diante de fato criminoso.

De se ver, mais, que há várias hipóteses legais de absolvição sumária no processo

penal, consoante o disposto no art. 397, CPP, todas elas *independentemente* de instrução criminal. Assim, parece irrecusável a possibilidade de arquivamento do inquérito e/ou de peças de informação com fundamento em quaisquer delas, incluindo aquela atinente à excludente de culpabilidade (art. 397, II, CPP).

Naturalmente, e como ali ocorre (nas situações de absolvição sumária), tal somente será possível quando a prova da existência das excludentes se apresentar de modo indiscutível e incontestável, a senso comum, isto é, estreme de qualquer dúvida razoável.

Tal seria, por exemplo, a hipótese de morte do agente (de crime), na posse de arma de fogo ou de qualquer outra que possa produzir temor equivalente, com risco para a vida de todos quantos se achem no local, ocorrida por ocasião de invasão noturna de residência, evidenciando-se, às escâncaras, a legítima defesa de seu morador. Em semelhante situação, o processo penal se revelaria absolutamente inútil e contraproducente, impondo-se o arquivamento do inquérito, de modo a evitar os deletérios efeitos decorrentes da só acusação penal.

E mais, no exemplo dado: inútil e perigoso, tendo em vista que o Tribunal do Júri é composto por representantes populares – membros da comunidade local – que não decidem motivadamente, como acontece com os juízes togados.

Entendimento contrário obrigaria o órgão do *parquet* – mesmo convencido, desde o início, da inocência (pela conduta justificada) do agente – a oferecer denúncia contra este, imputando-lhe a prática de fato que sabe não ser criminoso. A hipótese configuraria inegável violação ao princípio constitucional da independência funcional do Ministério Público, a menos que se sustentasse que, na própria denúncia, então obrigatória, o órgão da acusação pudesse fazer referência expressa à existência de legítima defesa, arrolando, desde já, provas testemunhais exclusivamente no interesse da defesa, o que, convenhamos, é de um absurdo insustentável.

Há que se apontar, ainda, outras perspectivas que se abrem em relação ao possível afastamento da regra da obrigatoriedade de ação penal.

É que o processo penal não pode se afastar de uma perspectiva minimamente

funcional do Direito Penal, no sentido de dever obediência à eventuais determinações reitoras da política criminal. É o caso, por exemplo, do reconhecimento, desde logo, da insignificância da lesão ou do não atendimento das exigências de determinados e fundamentais princípios do Direito Penal, tais as hipóteses da *intervenção mínima*, da *lesividade* concreta e outros que, caso a caso, recomendem a não intervenção do sistema penal.

Exemplo eloquente, como já visto (item 5.3.1), seria o da ausência de interesse de agir nas hipóteses em que se possa antecipar o inevitável reconhecimento da prescrição retroativa. Em semelhante situação o ajuizamento da ação não ofereceria qualquer resultado prático relevante, tornando-se possível o afastamento da obrigatoriedade. Relembre-se, no ponto, que não se pode perder de vista a Lei nº 12.234/10, que pôs fim à contagem de prescrição retroativa em data anterior à da denúncia ou queixa, conforme visto ao examinarmos as condições da ação penal (*supra*).

5.5.2.1 Acordo de não persecução penal

Cumpre examinar, então, ainda que de modo mais horizontal, sem descer às minúcias teóricas dos princípios da *legalidade*, da *objetividade* e da *obrigatoriedade* da ação penal, o que dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 13.964/19, que criou o "acordo de não persecução penal". Em juízos mais apressados de subsunção, o instituto constituiria manifesta violação às regras legais da obrigatoriedade, contida em nosso CPP.

Já chegamos a elogiar a *ideia* do chamado "acordo de não persecução penal", criado pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (posteriormente alterado, em parte, pela Resolução 183/2018 do mesmo órgão), sem deixar de tecer algumas críticas ao procedimento então previsto, sobretudo quanto à *palavra final* acerca da proposta de acordo.

A Lei nº 13.964/19, publicada no findar de 2019, já conhecida desde sempre pela estranha alcunha de "Lei Anticrime" (como se houvesse, em qualquer tempo, alguma

legislação *pró-crime*), alterou o Código de Processo Penal e adotou o instituto em questão, tratando de corrigir suas irregularidades, a começar pelo respeito ao princípio da legalidade, por se tratar de instrumento normativo compatível (lei em sentido estrito), e, além disso, inovou em importantes aspectos, como se verá.

A ela, portanto.

O acordo de não persecução penal se restringe aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e confessados pelo agente, e deverá ser proposto caso o Ministério Público entenda ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 28-A).

Embora se veja certa margem de discricionariedade no juízo quanto ao ser *necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*, a legislação brasileira ainda não avançou para um modelo de *legalidade* na persecução penal. A Lei nº 13.964/19 tentou regulamentar as soluções de futuros dissensos, que até devem diminuir, diante do fim do controle judicial do arquivamento e do papel *legalista* a ele reservado nos acordos de colaboração premiada e agora no de *não persecução*, cuja iniciativa, é claro, é unicamente do Ministério Público (e não da Polícia).

No entanto, reservou-se ao juiz o controle de *voluntariedade* do acordo, para o que deverá ser designada audiência específica para tal finalidade, e também quanto à *legalidade* do ajuste, conforme se verifica no art. 28-A, § 7º, do CPP. Esse campo oferece contornos mais seguros para a respectiva apreciação.

Não é o que ocorre, porém, com o disposto no mesmo art. 28-A, § 5º, que atribui ao juiz o poder de *rejeitar o acordo*, quando considerar *inadequadas, insuficientes ou abusivas* as condições impostas no ajuste. É claro que o problema não reside exatamente na *rejeição* do acordo, diante de tão contundentes justificativas. A verdadeira questão é a definição dos limites do que, afinal, poderia constituir *abuso, inadequação* ou *insuficiência* das condições.

Mas há uma explicação possível. Como compete o procedimento de acordo de não persecução implica a *aplicação de pena criminal* mesmo, a reserva da homologação das sanções impostas no acordo ao juiz implicaria também a competência para o exame das circunstâncias de dosimetria da pena, em especial no ponto em que se

exige que a imposição seja *necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*, tal como, aliás, disposto no art. 59 do CP.

Como se vê, nosso modelo processual ainda se pauta no *legalismo* ou na *objetividade* da persecução penal, adotando-se dupla perspectiva no controle de regularidade do acordo. Primeiro, com o juiz, conforme vimos, e depois pelo investigado, que, na hipótese de recusa do MP na propositura do acordo, também ele, o investigado, poderá submeter a questão à revisão do órgão revisional do próprio MP (art. 28-A, § 14, CPP).

Quanto ao mérito do acordo, com o balizamento escolhido – pena mínima até 4 anos, incluindo eventuais causas de aumento e de diminuição – nosso processo penal acaba de dar verdadeira guinada em seu modelo de justiça penal, optando, sempre que possível, pela não aplicação da pena privativa da liberdade, pelo procedimento do acordo de não persecução, que vem a instituir, com discutível amplitude, a justiça *negociada*. Discutível, do ponto de vista de política criminal, não quanto à respectiva validade da escolha.

O principal critério trazido pela nova lei, contudo, remete à circunstância já conhecida na modulação da aplicação da pena. Trata-se do condicionamento do juízo acerca da assunção do acordo segundo seja *necessário e suficiente reprimir e prevenir o crime* (art. 28-A). Aqui, como visto, importantíssimo papel foi reservado ao Ministério Público, em primeiro lugar, e, depois, ao juiz das garantias, responsável pela homologação do acordo.

Sempre estará presente o risco de excesso de *subjetivismo* na compreensão dessa circunstância nos casos concretos. Como o rol de crimes abrangidos pela possibilidade do acordo de não persecução é demasiado extenso, a Justiça Penal *negociada* poderá se tornar a principal alternativa para o *sistema*, desde que a aplicação das novas regras obedeça a critérios mais ou menos *objetivos*, e, de preferência, regulados normativamente no âmbito interno do Ministério Público.

Os delitos praticados por *organizações criminosas*, por exemplo, embora possam eventualmente se enquadrar no *acordo* (penas até 4 anos e sem grave ameaça ou violência) não deveriam ser objeto do ajuste de não persecução, dado que as sanções

previstas na lei não parecem suficientes nem para reprimir e tampouco para prevenir delitos, dado que elas se organizam exatamente para a prática de crimes. Aliás, no ponto, pode-se argumentar até que já haveria vedação em relação aos membros de qualquer organização criminosa, na medida em que o acordo é vedado *para aqueles com conduta criminosa profissional* (art. 28-A, § 2º, II, CPP).

Haverá outros exemplos, é claro, mas o mais relevante é a abertura legislativa para a composição de crimes que, embora abstratamente (pela pena cominada e pelo bem jurídico atingido) mais graves, podem oferecer hipóteses de menor complexidade e de menor repercussão no âmbito da Administração Pública, por exemplo. Separar o *joio do trigo* em cada hipótese concreta poderá ser bastante proveitoso para os interesses da justiça penal.

Nesse ponto, será de fundamental importância o exame cuidadoso da culpabilidade do agente, as circunstâncias e a danosidade do fato, já a ser examinada concretamente. A reiteração de fatos da mesma natureza – ou até mesmo de outra – deverá ser levada em conta, bem como a primariedade e ausência de antecedentes do agente. Relembre-se que há previsão de impossibilidade do acordo para investigados *reincidentes ou em conduta criminal habitual, reiterada ou profissional* (art. 28-A, § 2º, II).

De fato, são inúmeros os crimes assim qualificados, incluindo simplesmente todos os crimes contra a Administração Pública, os de organização criminosa (integrar ou participar de *organização criminosa*) e os de *lavagem de dinheiro*, delitos portadores de maior censura pública.

Quanto aos crimes de organização criminosa, convém lembrar que a Lei nº 13.964/19 dá tratamento ainda mais rigoroso às organizações armadas (já punidas com maior rigor na Lei nº 12.850/13) e aos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90). Aí a não aplicação do acordo fica mais clara, diante do potencial de violência e de grave ameaça produzido pelo uso de armas, independentemente da pena mínima cominada. O crime de tráfico de drogas privilegiado, por exemplo, não pode mais ser considerado *hediondo*, por força da nova legislação, o que, à vista da causa de diminuição nele contido (art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/06), permitirá o acordo de não persecução.

As condições a serem ajustadas no acordo já constava das práticas prevista nas *normativas* do Ministério Público. De forma cumulativa ou alternativa, o investigadc deverá reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, quando possível; renunciar a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumento, produto ou proveito de crime; prestar serviços à comunidade ou entidades públicas por período correspondente à pena mínima do delito, diminuída de um a dois terços; pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social que tenha preferencialmente como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou cumprir por prazo determinado outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que compatível e proporcional ao crime praticado (art. 28-A, I, II, III, IV e V).

Aqui há novidade, pois a Resolução 181/2017 do CNMP dizia que era o*parquet* quem definiria as entidades públicas às quais haveria prestação de serviço, bem como quais deveriam ser as destinatárias da prestação pecuniária, ao passo que a nova Lei determina que a decisão será do *juízo da execução*, o que nos parece correto, já que ambas as condições se equivalem a penas restritivas de direito.

Conforme o § 2º, I, II, III e IV do mesmo artigo, o acordo*não* será admitido quando for cabível a transação penal (Lei nº 9.099/95); ou se o investigado for reincidente ou houver indícios de que pratique crimes de forma habitual ou profissional – exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; se o agente tiver sido beneficiado nos últimos 5 anos por transação, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal; ou, por fim, se o crime for praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Registre-se que a Resolução 181 não mencionava a criminalidade habitual/profissional, e criava outras exceções (como dano não superior a 20 salários mínimos), que não foram incorporadas pela legislação. A se censurar, no ponto, a expressão *"exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas"*, que é dotada de inequívoco subjetivismo. Talvez fosse preferível estabelecer um patamar objetivo de pena, para não deixar o investigado ao alvedrio da acusação e do juiz quanto à

"insignificância" das condutas anteriores. Com o tempo, espera-se que a jurisprudência possa sedimentar algum parâmetro relativamente seguro para a aplicação da regra.

O acordo de colaboração será formalizado por escrito, e o investigado deverá estar acompanhado de advogado (§ 3º). Para que haja homologação do acordo, será realizada uma audiência na qual o juiz verificará a sua voluntariedade e regularidade, tomando a oitiva do agente na presença de seu advogado (§ 4º).

Caso haja homologação pelo juiz das garantias, os autos serão devolvidos ao *parquet* para que se inicie a execução perante o juízo de execução penal (§ 6º), e, após o cumprimento integral dos termos do acordo, será declarada a extinção da punibilidade pelo juízo competente (§ 13). A Resolução 181 falava em *arquivamento da investigação*, o que só poderia soar correto caso se entendesse que o arquivamento era *material* e não somente formal. Seja como for, reputamos acertada a solução adotada pela lei.

Aponte-se ainda que o § 12 determina que a celebração e cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão em certidão de antecedentes criminais (salvo registro para evitar que o mesmo agente seja beneficiado novamente pelo instituto em um prazo inferior a 5 anos).

Na hipótese de descumprimento do acordo, o Ministério Público deverá comunicar o fato ao juízo, para fins de rescisão e posterior oferecimento de denúncia (§ 8º). Além disso, o descumprimento pode ser utilizado como justificativa para eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (§ 11). Frise-se que por força da nova lei (que alterou o art. 116 do Código Penal, acrescentando os incisos III e IV) o prazo prescricional não corre enquanto não cumprido ou rescindido o acordo de não persecução penal, de forma que não há risco de ocorrer prescrição nestes casos, ao contrário do que ocorre na transação penal (que será estudada mais à frente).

Já quando houver discordância do magistrado quanto aos termos do acordo, por entendê-lo abusivo, insuficiente ou inadequado, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com a

concordância do investigado e seu defensor (§ 5º).

E se o *parquet* não concordar com a revisão dos termos originais? Duas vias se abrem, então. A primeira é recorrer da decisão, através de Recurso em Sentido Estrito, como autorizado pela nova legislação (o recém introduzido inciso XXV do art. 581). A segunda é simplesmente não proceder à alteração, quando então o magistrado recusará a homologação do acordo e devolverá os autos, para que o Ministério Público analise se há necessidade de complementação das investigações, ou ainda se é o caso de oferecimento de denúncia (§ 8º).

Acrescentaríamos, também, a possibilidade (conquanto remota) do *parquet* requerer o arquivamento da investigação, na oportunidade, caso em que determinará as providências previstas no art. 28 do CPP.

E o que deverá ser feito caso o investigado entenda que faz jus ao acordo de não persecução penal, embora a proposta não tenha sido feita pelo Ministério Público? O novo diploma se ocupou da questão, esclarecendo que poderá haver requerimento de remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28-A do Código de Processo Penal (§ 14). Não há, todavia, uma solução clara para a situação em que o *juiz* entenda ser de fato o caso de se propor acordo de não persecução penal, apesar de o órgão superior interno do *parquet* discordar.

Pensamos que o melhor a se fazer seria *rejeitar* a denúncia, então, sob o prisma da *ausência de justa causa* (necessidade) para a persecução processual penal. Reconhecemos, porém, que o tema não é simples, sobretudo porque a nova legislação concede ao Ministério Público – e não ao juiz das garantias – a responsabilidade de *gestão* da persecução penal, ainda que sem lhe atribuir poderes discricionários para a respectiva atuação.

Por fim, há previsão de que *a vítima* será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu eventual descumprimento (§ 9º). Não se abre oportunidade, bem se vê, para o ingresso em juízo, com a ação penal subsidiária da pública.

Uma última questão a ser respondida diz respeito ao momento da celebração do acordo. A própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita

na fase pré-processual, tanto pelo texto da lei ("*Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado...*") quanto pela consequência de seu descumprimento ou não homologação (possibilidade de *oferecimento de denúncia*). Contudo, a lei diz que cabe ao *juiz das garantias* decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, *quando formalizados durante a investigação* (art. 3º-B, XVII).

Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar desta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo. Assim, concordando o juiz com o pleito, o ideal seria *suspender* o processo até a questão ser solucionada (com remessa ao órgão superior interno do *parquet* em caso de discordância, nos termos do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal).

Será possível também o acordo de não persecução no âmbito dos Tribunais, nas ações penais originárias, como resta claro do disposto no art. 16 da Lei nº 13.964/2019, que modificou, no ponto, o art. 1º da Lei nº 8.038/90.

Vemos com bons olhos, em princípio, qualquer tentativa de reduzir o campo da persecução penal quando se fala em crimes de gravidade reduzida e não cometidos com violência. Não se trata apenas de preferência do autor. Nossa Constituição da República é *minimalista* em matéria de incriminação. Não bastasse, o universo penitenciário nacional já constitui tragédia suficiente para justificar a busca de alternativas racionais, *sin perder la eficacia jamás*.

A questão é admitir-se, ou não, espaços de consenso para a livre manifestação da vontade do inculpado, relativamente a fatos que ele próprio tem como passíveis de *remediação oficial*, isto é, de superação e solução junto aos órgãos oficiais da persecução penal, para a estabilização de sua posição pessoal. Mais do que isso, solução *oficial* que não tenha, necessariamente, que se submeter à burocracia

procedimental estatal, que, no ponto, existe até para a proteção de seus direitos também, na perspectiva da obrigatoriedade da ação penal como garantia contra o arbítrio e a irracionalidade persecutória, presente nas ações penais privadas.

Pensamos que há interesse de ambos os lados nessa equação. Há *superlotação* de processos penais no Judiciário brasileiro; há *superlotação* de presos no sistema penitenciário nacional e há, ainda, deficiência de recursos humanos para lidar com todos esses problemas. Talvez seja essa, enfim, uma alternativa que poderá semear novos tempos de conciliação processual penal.

5.5.3 Indisponibilidade e outras regras processuais

Embora a doutrina, frequentemente, enumere um número bastante extenso de princípios relativos à ação penal pública, bem como vários outros, comuns a ambas, *pública e privada*, observamos que, pelo menos em sua maioria, não se cuida de nenhum *princípio*, mas sim, de regras processuais específicas. Sobre o conceito de princípio aqui utilizado remetemos o leitor ao Capítulo 3.

No que diz respeito à ação pública, por exemplo, várias destas regras decorrem do próprio princípio da obrigatoriedade. É o que ocorre com o chamado princípio da *indisponibilidade*, traduzido na impossibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal a que era inicialmente obrigado. Parece-nos, em tais hipóteses, que a apontada regra não vai além de consequência fundamental do princípio da obrigatoriedade, que estaria irremediavelmente atingido se se permitisse ao Ministério Público, *obrigado a propor* a ação penal, dela desistir após a sua propositura. A única distinção que se pode observar entre *obrigatoriedade* e *indisponibilidade* seria em relação ao momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro aplicável antes da ação penal e o segundo a partir dela.

Ainda no que se refere à ação penal pública, o que a doutrina chama de princípio da *oficialidade*, consistente na atribuição aos órgãos do Estado da legitimação para a persecução penal, também não vai além da aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ora, se há *obrigatoriedade* da ação, somente o Estado pode responder

por ela. Pensamos ser inimaginável uma ordem jurídica que obrigue o particular a promover a ação penal contra quem quer que seja. E se o Estado é o responsável, nada mais óbvio que a função ser destinada aos seus órgãos (art. 129, CF).

No campo da oficialidade, mencionam-se, ainda, as regras da *autoritariedade* e da *oficiosidade*, a primeira dizendo respeito ao exercício das funções persecutórias por autoridades estatais e a segunda explicitando o dever de procedimento *ex officio* das apontadas autoridades. Como se percebe, todas essas regras encontram sua raiz comum no princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, sendo, na realidade, meras derivações ou aspectos do mesmo conceito.

Outras classificações doutrinárias, ainda em sede de *princípios* aplicáveis ao processo penal, não apresentam qualquer relevância ou pertinência conceitual, na medida em que não vão além da simples redução etimológica de determinadas normas, prestando-se, mais, a dificultar a compreensão sistemática da matéria.

Fala-se, por exemplo, na existência do princípio da *intranscendência* da ação penal, explicado como a vedação de se pretender a aplicação da sanção penal a quem não seja o autor do fato. Ora, para além da obviedade do conceito no campo processual, referida regra vem a ser unicamente a tradução da norma constitucional prevista no art. 5º, XLV, da CF, instituidora de garantia individual, no plano do direito material.

5.5.4 Critério de definição da legitimação ativa

Ao dispor que a ação penal é privativa do Ministério Público, nos termos da lei, a Constituição Federal nada mais fez que delinear os contornos do nosso modelo acusatório *público* (porque deixada em mãos do Estado, como regra, toda a persecução penal), autorizando a possibilidade de a lei estabelecer exceções à regra, no que, então, recepcionou a maior parte dos vários dispositivos constantes do Código Penal e do Código de Processo Penal, que instituem e regulamentam a ação penal *privada*.

O critério de atribuição de legitimação ativa para a ação penal, é dizer, o critério

de definição da natureza da ação, se pública ou privada, decorre de lei. Por isso, atualmente, nos termos do art. 100 do CP, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Serão, ainda, de ação pública incondicionada os crimes previstos na Lei nº 8.069/90, quando praticados contra a criança e o adolescente (art. 227, Lei nº 8.069/90), bem como na Lei nº 11.101/05 (art. 184, Lei de Falência), Lei nº 10.741/03 (art. 95, Estatuto do Idoso) e os crimes eleitorais (art. 355, Lei nº 4.737/65), admitindo-se, mesmo nestes últimos, a ação privada subsidiária da pública, com fundamento em inércia do Ministério Público.

A ação também será pública, como regra, sempre que o crime for praticado em detrimento do patrimônio ou interesses da União, Estado e Município (art. 24, § 2º, CPP).

5.5.5 Discricionariedade regrada

A Lei nº 9.099/95, regulamentando o disposto no art. 98 da Constituição Federal, instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais para o processo, conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, com a redação dada pela Lei nº 11.313/06 (art. 61).

A Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, ao dispor sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, segue a mesma trilha adotando o mesmo conceito de menor potencial ofensivo, por força da citada Lei nº 11.313/06.

Conforme veremos mais amplamente por ocasião dos estudos relativos aos referidos Juizados Especiais (ver, sobretudo, item 14.5.2), as aludidas legislações (primeiro, a Lei nº 10.259/01, e, depois, a Lei nº 11.313/06) trazem importantes consequências no âmbito dos Juizados, e mesmo fora deles – a menor potencialidade ofensiva de uma infração penal não é *prerrogativa* de nenhum rito ou de nenhuma jurisdição –, no que se refere à aplicação do instituto da transação penal.

Prevendo a transação penal exclusivamente para a ação penal pública (veremos no item 14.5.3 de que maneira se pode também pensar em uma transação penal para a ação privada), e orientando-se preferencialmente para a conciliação – reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa da liberdade –, a apontada legislação instituiu no país outra modalidade de processo penal, qual seja, o modelo *consensual* de processo, voltado não para a imposição de pena, tal como o tradicional modelo *condenatório*, mas, antes, para uma solução consensualizada, de viés *restaurativo*, com a participação efetiva do suposto autor do fato, devidamente representado por advogado, bem como do Ministério Público e do juiz.

Na busca da definição conceitual dos diversos institutos e categorias jurídicas trazidas pela citada lei, a doutrina logo cuidou de classificar o novo modelo processual como instituidor de suposta *discricionariedade regrada*, que viria, assim, a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público uma nova postura em relação à sua iniciativa penal.

O Ministério Público não mais se veria obrigado à propositura da ação, *podendo*, antes, promover a solução da questão penal pela via conciliatória, por meio da chamada transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95).

Entretanto, não nos parece que assim tenha efetivamente ocorrido. Aliás, se afastamento da obrigatoriedade houve – e houve! –, foi unicamente em relação ao tipo de sanção a ser transacionada.

Quanto à obrigatoriedade da ação, observe-se que, se o Ministério Público deixou de ser obrigado à propositura da ação penal, exigência inerente ao modelo processual *condenatório*, permanece, todavia, igualmente *obrigado* a propor a transação penal, desde que o alegado ou apontado autor do fato preencha as condições previstas nos art. 76, § 2º, I, II e III, da mencionada lei.

Por mais que a doutrina citada, sobretudo Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 18), tenha se esforçado na tentativa de visualizar aí a existência de uma discricionariedade – regrada – supostamente atribuída ao Ministério Público, o fato é que nenhum deles admite que o membro do *parquet* possa escolher livremente qual a solução mais adequada ou conveniente à administração da jurisdição e/ou aos interesses da Justiça

Penal. A exceção ocorre apenas em relação *à modalidade de pena a ser objeto da transação*. Em outras palavras: nenhum deles reconhece qualquer juízo de discricionariedade na atividade ministerial, recusando-lhe qualquer participação na definição de conveniência e oportunidade das diversas soluções possíveis.

E assim é porque:

a) não existem diversas soluções igualmente *possíveis*, daí não se poder falar em escolha daquela mais conveniente e oportuna, à exceção da escolha da pena de multa ou restritiva de direitos;
b) a lei é taxativa ao enumerar os requisitos cabíveis para a transação penal, não deixando qualquer margem à discricionariedade do responsável pela ação penal (Ministério Público);
c) até a exigência constante do inciso III do § 2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95 - "não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida" (repetição, aliás, da regra do art. 77 do Código Penal, relativa à concessão do *sursis*) –, autoriza a adoção de critérios *objetivos*, fora do alcance do juízo de discrição, dado que a só superação das demais exigências (incisos I e II do § 2º do art. 76) é indicativa do preenchimento também dos requisitos referentes à personalidade e à conduta social.

Observe-se, ainda, que, em se tratando de contravenções e crimes com apenação máxima não superior a dois anos (art. 61, Lei nº 9.099/95, com redação dada pela Lei nº 11.313/06), é praticamente impossível que os "motivos e circunstâncias" do fato (art. 76, § 2º, III) inviabilizem a transação penal.

Pensamos que a definição de menor potencialidade ofensiva não pode ficar à mercê das conveniências/circunstâncias de cada caso. Quem pode afirmar acerca da menor potencialidade lesiva de uma conduta é precisamente o *responsável pela sua incriminação*, isto é, o legislador. Assim, escolhido o critério da *pena cominada* – pena *máxima* –, não há como não reconhecer o enquadramento, ali, de quaisquer

crimes que tenham semelhante apenação.

Por fim, é de se observar decisão do E. Supremo Tribunal Federal (HC nº 75.343-4/ MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), na qual, embora reconhecendo não se tratar de discricionariedade, exige que o Ministério Público participe da transação penal, isto é, que, por se tratar esta de ato jurídico bilateral, não poderia o juiz, que não tem iniciativa penal, propor a transação. (Nesse mesmo sentido: RE nº 468161, Rel. Min Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 14.3.2006, *DJ* 31.3.2006, p. 18). Tratava-se de questão atinente à suspensão condicional do processo, valendo, contudo, o mesmo raciocínio.

Na hipótese de recusa do MP à propositura da transação penal, a solução aventada pelo mencionado julgado seria a aplicação subsidiária do art. 28 do CPP (e art. 62, no âmbito do Ministério Público Federal), o que culminou com a edição da Súmula 696/STF:

"Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal."

Temos para nós que referido posicionamento é efetivamente o mais acertado, mantendo-se também na linha da obrigatoriedade, porque, mesmo nas ações penais comuns, fora do Juizado Especial Criminal, cabe aos órgãos superiores da instituição ministerial a última palavra acerca do juízo de propositura da ação (e da transação).

5.6 Ação penal pública condicionada

Conquanto a regra relativamente à legitimação para a persecução processual penal evidencie o interesse público de toda a comunidade na repressão da atividade criminosa, há casos em que outra ordem de interesses, igualmente relevantes, devem ser tutelados pelo ordenamento processual. Trata-se da proteção da vítima de determinados crimes contra os deletérios efeitos que, eventualmente, podem vir a ser causados pela divulgação pública do fato.

Por isso, em razão do que a doutrina convencionou chamar de *strepitus iudicii* (escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal), reserva-se a ela o juízo de oportunidade e conveniência da instauração da ação penal, com o objetivo de evitar a produção de novos danos em seu patrimônio – moral, social, psicológico etc. – diante de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato criminoso.

Há outra explicação, de ordem mais pragmática: se o ofendido não se dispuser a confirmar a lesão em juízo, a ação penal dificilmente chegará a bom termo. Tal medida de discricionariedade consiste no condicionamento da instauração da ação penal à manifestação explícita do ofendido, no sentido de autorizar a persecução estatal, revelando, de modo inequívoco, o seu interesse em ver apurado o fato contra ele praticado.

Aludida manifestação, embora necessária tanto para a instauração da ação penal (art. 24, CPP) quanto do próprio inquérito policial (art. 5º, § 4º, CPP), não há de obedecer a qualquer regramento formal. Pode ser oferecida sem mais formalidades, verbalmente ou por escrito, bastando a demonstração clara do interesse do ofendido em ver apuradas a autoria e a materialidade do fato, dele exigindo-se, apenas, e se for possível, "*a narração do fato, com todas as circunstâncias; a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer*" (art. 5º, § 1º, *a, b*, CPP).

Embora a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça tenha chegado a exigir certa formalidade no oferecimento da representação (mera autorização do ofendido), as Turmas Criminais daquele Tribunal (Quinta e Sexta – STJ) seguem, acertadamente, dispensando-a (a representação) de quaisquer formalidades (HC 130.000, Rel. Laurita Vaz, setembro de 2009).

A essa autorização a lei processual penal dá o nome de *representação*, cujo objetivo, como visto, é apenas permitir, pelo consentimento do ofendido quanto à divulgação do fato, a ação estatal voltada para a persecução penal. Bem por isso, o requerimento de instauração de inquérito é o bastante para caracterizar a

representação do ofendido, apta a satisfazer a condição de procedibilidade da modalidade de ação penal pública condicionada. Confira-se, na Suprema Corte:

"Quanto à representação para a ação penal pública, considerou-se ser suficiente a demonstração inequívoca do interesse na persecução criminal, e que, por tratar-se de notícia-crime coercitiva, qual a prisão em flagrante, bastaria a ausência de oposição expressa ou implícita da vítima ou de seus representantes, de tal modo que, pelo contexto dos fatos e da condução do processo, se verificasse a intenção de se prosseguir no processo, como no caso" (HC nº 86058/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 25.10.2005 – *Informativo STF* – 407).

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, dispõe que a renúncia ao direito de representação – no caso de ação penal pública condicionada, pois – quando se tratar dos crimes mencionados na citada legislação, que cuida da proteção da mulher contra a Violência Doméstica e Familiar, haverá de ser feita perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público (art. 16). A curiosidade é que o Código de Processo Penal não cuida, ao menos expressamente, da renúncia da representação, só o fazendo o art. 74 da Lei nº 9.099/95, em seu parágrafo único, no âmbito dos Juizados Especiais.

De se ver, no entanto, que, no julgamento da ADI 4.424 (PGR) e ADC 19 (Senado), o Supremo Tribunal Federal julgou válida a norma da Lei nº 11.340/06 (art. 41) que afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95 ao ambiente doméstico. Em consequência, reconheceu ser pública incondicionada à representação a persecução penal resultante dos crimes de lesão corporal leve ou culposa praticados contra a mulher.

Há casos, também, em que, presente ainda a preocupação com a divulgação do fato, isto é, tutelando-se o interesse da vítima da ofensa, surge outro interesse a ser preservado, sobretudo diante da qualificação do ofendido. É o que ocorre, por exemplo, com os crimes contra a honra do Presidente da República e de Chefe de Governo estrangeiro.

Nessas situações, o juízo de oportunidade e conveniência da instauração da ação penal, diante das repercussões políticas que podem ocorrer a partir da divulgação do fato, fica à discricionariedade do Ministro da Justiça, consoante o disposto no art.

145, parágrafo único, do CP. Fala-se, então, em *requisição*, e não mais em *representação*. Note-se, porém, que o significado da *requisição* antes mencionada não é o mesmo, para fins de instauração de inquérito policial e para fins de ajuizamento da ação penal. O Ministro da Justiça pode *requisitar* inquérito policial; não o pode, contudo, *requisitar* ação penal, dado que essa se insere no âmbito da titularidade e da independência funcional do Ministério Público.

Em outro giro, a Lei nº 12.033, de 23 de setembro de 2009, tornou *pública, condicionada à representação*, a ação penal em razão de injúria consistente na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Tais ações, quando não constituam *crime de racismo* (Lei nº 7.716/89. Aliás, os crimes de *homofobia* e também de *transfobia* atualmente são equiparados ao racismo, por força da ADO 26), modificaram-se de *privada* para *pública condicionada*, relativamente apenas à injúria.

Pode ainda ocorrer que o interesse a ser tutelado não diga respeito ao *strepitus iudicii*, mas unicamente a relações de Direito Internacional, tal como ocorre com referência ao que estabelece o art. 7º, § 3º, *b*, do CP, que condiciona a punibilidade do fato praticado por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, entre outras exigências, à requisição do Ministro da Justiça.

Há também hipóteses em que o interesse a ser protegido não se encontra relacionado com eventuais efeitos decorrentes da divulgação do fato, mas, sim, com a própria constatação da lesividade da conduta.

Assim, por exemplo, no crime de ameaça (art. 147) e nos crimes de violação de correspondência (arts. 151 e seguintes, CP), a representação do ofendido presta-se mais a dimensionar a própria existência da lesão (intimidação da vítima ou relevância das informações e escritos violados), que se constituir em simples autorização para o ingresso em juízo.

Hipótese curiosa (mas perfeitamente compreensível) de condicionamento da ação penal veio na Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, com prazo de 120 (cento e vinte dias) para a sua vigência, após a publicação. Ali se acrescentou o art. 154-B ao Código Penal, tornando pública condicionada a ação nos crimes de informática ali

definidos, salvo quando em detrimento da administração pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e municípios, e empresas concessionárias de serviço público.

Por fim, a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais criou uma outra modalidade de ação penal condicionada à representação do ofendido, na qual a iniciativa do Ministério Público fica vinculada ao interesse exclusivo do ofendido, em hipóteses de lesão corporal leve ou culposa (art. 88, Lei nº 9.099/95), antes processadas por meio de ação pública incondicionada.

Cumpre anotar que, embora condicionada, a ação permanece pública, isto é, não só a legitimação ativa é reservada ao Ministério Público, mas, também, o *juízo de propositura* da ação penal. Assim, se o órgão do *parquet*, diversamente do entendimento da vítima, entende que o fato é atípico ou que não há provas suficientes para a acusação em juízo, se deferido o seu requerimento de arquivamento do inquérito ou das peças de informação, não poderá a vítima opor quaisquer obstáculos a tal decisão.

Observe-se, por fim, que o direito de representação pode ser exercido pessoalmente ou por Procurador com poderes especiais, podendo ser dirigida tanto ao juiz quanto ao Ministério Público e à autoridade policial (art. 39, CPP).

5.6.1 Prazo decadencial da representação

Como se trata de simples autorização do ofendido, a lei prevê prazo decadencial para o seu oferecimento, não sujeito, em regra, à interrupção ou suspensão.

É importante observar que se exige do ofendido que a representação seja oferecida no prazo previsto em lei, sendo irrelevante, a partir daí, a eventual demora na instauração da ação penal, devendo ser respeitado apenas o prazo prescricional previsto para a infração penal.

No que se refere, porém, à requisição do Ministro da Justiça, é bem de ver que a lei (art. 38, CPP) não prevê prazo decadencial para o seu oferecimento, sendo ela possível, portanto, enquanto não prescrita a pretensão punitiva.

5.6.2 Capacidade ou legitimação para representar

Como a divulgação do fato pode, em tese, repercutir no âmbito do interesse do ofendido, é a ele que se defere a capacidade ou a legitimação para a autorização de instauração de ação penal, desde que se trate, evidentemente, de pessoa capaz, maior de 18 anos.

No que respeita à capacidade para o oferecimento de representação para a ação penal pública condicionada, as alterações das regras do Código Civil acerca da menoridade (arts. 4º e 5º), não modificam as normas penais e processuais que se referem ao menor, por força do disposto no art. 2.043 do mesmo Código (Civil). No entanto, inevitavelmente, desaparecerá a *representação legal* do maior de dezoito anos. Por isso, completada essa idade, caberá somente ao ofendido o oferecimento da representação.

No caso de morte ou ausência, judicialmente reconhecida, do ofendido, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nesta ordem (art. 24, § 1º, e art. 36, por interpretação analógica, ambos do CPP).

Tratando-se de ofendido menor de 18 anos ou incapaz, a representação haverá de ser oferecida pelo seu representante legal (responsáveis pelo poder familiar, atual designação dada ao antigo *pátrio poder*, consoante os termos do art. 1.630 e seguintes do Código Civil, tutela ou curatela), se houver, ou por qualquer pessoa que o tenha sob sua guarda, definitiva ou temporária (se impossibilitado aquele, hipótese que pode ocorrer, por exemplo, no curso dos conhecidos intercâmbios culturais), ou responsabilidade, e ainda que essa decorra do exercício informal, provisório, concorrente ou exclusivo do poder familiar.

Na hipótese de conflito de interesses entre o menor e o seu representante legal, ou, ainda, se inexistente este e quaisquer das pessoas antes mencionadas, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, deverá designar um curador especial ao ofendido.

Conflito de interesses entre o menor e seu representante legal ocorreria, por exemplo, quando o não oferecimento de representação se desse em razão exclusiva de

acerto financeiro promovido em evidente prejuízo do menor, em atenção aos danos de repercussão moral ou patrimonial causado à vítima, ou, ainda, quando a recomposição patrimonial não revertesse em favor desta.

5.6.3 Retratação

O Código de Processo Penal dispõe que a representação será *irretratável* após o oferecimento da denúncia (art. 25, CPP). Isso porque, tratando-se de simples autorização, deixada ao juízo de discricionariedade do ofendido ou seu representante legal, nada obsta que se altere a opção deste em relação à conveniência e à oportunidade de instauração da ação penal. Entretanto, exige a lei que a retratação seja feita – também informalmente, por escrito ou verbal, reduzida a termo – até o oferecimento da denúncia, já que, a partir daí, com a formação da *opinio delicti* do órgão do Ministério Público e a apresentação da peça acusatória em juízo, o fato delituoso, ao menos em tese, já teria sido dado a conhecimento.

Discute-se, ainda, se, na hipótese de representação oferecida em razão da prática de crime contra a honra de servidor público (art. 145, parágrafo único, CP), quando relacionado com o exercício das funções, também seria cabível a retratação.

Argumenta-se, em favor da tese da impossibilidade, que em tais situações haveria também um interesse da própria Administração Pública na apuração do fato, já que ele teria sido praticado por ocasião do exercício de atividade pública ou em razão dela.

Em sentido contrário, afirma-se que, além de a lei processual não fazer qualquer ressalva, a representação insere-se no âmbito da discricionariedade do ofendido, daí por que, enquanto não oferecida a peça acusatória, seria perfeitamente possível a retratação.

Parece-nos que a solução mais adequada ao Direito é aquela que permite a retratação, mesmo quando oferecida por servidor público e ainda que se possa reconhecer a existência de um interesse público na apuração do fato.

Em primeiro lugar, por que o mesmo fundamento que legitima a discricionariedade

atribuída ao ofendido poderia justificar a permissão de retratabilidade, já que, antes de oferecida a denúncia, não se deu lugar ainda ao *strepitus iudicii*, que é, justamente, a principal razão de ser de tal modalidade de ação pública condicionada.

E, em segundo lugar, não há como recusar a prevalência do interesse individual do ofendido, ao menos no que se refere à decisão quanto à instauração da ação penal. Se existe também o da Administração na apuração do fato, tal interesse é apenas mediato e reflexo, insuficiente, porém, para superar a discricionariedade atribuída ao ofendido. Se houvesse prevalência do interesse público, de duas, uma: ou a ação deveria ser pública incondicionada, ou a lei processual deveria excluir expressamente a possibilidade de retratação quanto à representação oferecida por servidor público.

E mais. A prevalência do interesse do particular (no que se refere, repetimos, apenas ao juízo de conveniência e oportunidade da persecução) pode também ser verificada no posicionamento da Egrégia Suprema Corte, no sentido de atribuir legitimação concorrente ao servidor público, em relação aos crimes praticados em detrimento de sua honra. Em outras palavras: o Supremo Tribunal Federal reconheceu definitivamente (Súmula 714) a legitimidade ativa do servidor público para a instauração de ação penal (privada) contra o autor de crimes cometidos contra a sua honra, quando em razão do exercício ou da função pública (STF – AGRINQ 726/RJ – Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 29.4.1994).

A posição da Suprema Corte parece-nos inteiramente correta, sobretudo porque não há previsão ou classificação legal de crimes contra a honra no capítulo concernente aos chamados "Crimes contra a Administração Pública", tal como disposto no Título XI da Parte Especial do Código Penal. Assim, o bem jurídico posto em risco de lesão ou efetivamente lesionado é mesmo a honra do servidor e não a Administração Pública.

Finalmente, e embora não seja previsto expressamente no art. 25 do CPP – que se refere apenas à representação –, e pelas mesmas razões já alinhadas, não vemos como recusar a possibilidade de retratação também da requisição já apresentada pelo Ministro da Justiça, bastando apenas que seja feita antes do oferecimento da denúncia.

Um último adendo: o art. 16 da Lei nº 11.340/06 (Violência Doméstica) prevê que a representação já oferecida somente poderá ser *renunciada* (sic) diante do juiz, em audiência designada para tal fim. E por renúncia, entenda-se *retratação*.

5.6.4 Legitimação concorrente ou alternativa?

Vimos que a Suprema Corte editou a Súmula 714 de sua jurisprudência, que tem a seguinte redação: "*É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções*." E o que se deve entender por legitimação concorrente?

A nosso aviso, se a legitimação é *concorrente*, tanto um quanto o outro legitimado *deveriam poder* ingressar com a ação (pública, no caso do Ministério Público, e, privada, no caso do ofendido), independentemente da valoração que ambos eventualmente tenham dado aos fatos. É dizer: ainda que requerido o arquivamento pelo Ministério Público, restaria aberta a via da instauração da ação pelo ofendido, mediante o oferecimento de queixa. Este, parece-nos, é o sentido mais corrente da palavra *concorrente*, a dizer da existência de verdadeiro *concurso* entre os legitimados.

Todavia, não é esse o entendimento naquela Casa. Em decisão não muito distante, o Supremo Tribunal Federal esclareceu que se o ofendido em sua honra (o servidor público) apresentar *representação* ao Ministério Público, optando, segundo o julgado, pela ação pública (condicionada à representação), estaria *preclusa* a via da instauração de ação privada, tendo em vista que, na hipótese, ainda segundo a fundamentação da aludida decisão, o Ministério Público estaria definitivamente investido na legitimação para a causa (STF – Inq. nº 1.939/BA, Rel. Min. Sepúlved Pertence, Plenário, em 3.3.2004).

Ora, que assim seja não vemos maiores inconvenientes, até porque, nos termos da legislação em vigor – o Código Penal (art. 145, parágrafo único) –, a ação seria mesmo *pública, condicionada à representação*.

Entretanto, parece-nos também não haver dúvida de que a legitimação, em tais hipóteses, não seria *concorrente*, mas, sim, *alternativa*. E isso porque:

a) sendo condicionada à representação, o Ministério Público jamais estaria legitimado a agir *ex officio*;
b) assim, caberia ao ofendido optar entre a *representação*, escolhendo a via da ação pública, ou *oferecer a queixa*, trilhando o caminho da ação privada.

Por isso, pensamos que a hipótese é de legitimação *alternativa*: poderá ser do Ministério Público – e *apenas dele* – se oferecida a representação (independentemente do que entender o MP acerca dos fatos); e poderá ser do ofendido – *e apenas dele* – se oferecida a queixa. Para que fosse efetivamente *concorrente*, o ofendido deveria poder discordar da manifestação do Ministério Público – no sentido de arquivamento – e ingressar com a ação privada, o que não é o caso.

5.7 Ação penal privada

Se o *strepitus iudicii* ou escândalo causado pela divulgação do fato pode justificar a existência da ação pública condicionada à representação, pensamos que o mesmo não ocorre em relação às ações penais cuja iniciativa é deixada exclusivamente ao interesse do ofendido, seu representante legal, sendo ele menor, e, na hipótese de sua morte ou ausência, judicialmente reconhecida, as pessoas mencionadas no art. 31 do CPP (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão) – ao contrário, aliás, do que sustenta a doutrina mais tradicional (BUENO, 1959, p. 308).

Enquanto, no que se refere à ação pública condicionada, o Estado permanece responsável pela persecução penal, dependendo unicamente da autorização da vítima, nas ações privativas do ofendido ele intervém apenas como *custos legis*, zelando pela correta aplicação da lei penal.

Impõe-se observar que não se pode pretender justificar a existência da ação privada ou o afastamento do Ministério Público da titularidade da ação penal com

base em uma suposta exclusividade do interesse individual atingido por ocasião das infrações penais a ela submetidas.

Em primeiro lugar, porque, diante da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal, não há como aceitar a existência de qualquer norma penal incriminadora que não tenha por objeto a tutela de bens e valores cuja proteção seja efetivamente exigida pela comunidade, isto é, que não se dirija a condutas socialmente reprováveis ou reprovadas. Assim, somente em razão da *existência* do tipo penal já se evidencia o interesse público configurador da reprovabilidade da conduta.

Em segundo lugar, porque a intervenção do Direito Penal somente se legitima enquanto *ultima ratio*, ou seja, quando insuficientes quaisquer outras formas de intervenção estatal no controle das ações nocivas ao corpo social e comunitário. Por isso, revelando o seu caráter de subsidiariedade, a norma penal somente deve abranger condutas para as quais, previamente, outras modalidades de intervenção não se mostraram comprovadamente eficazes.

E há mais. Se o propósito da ação de natureza privada tem em mira a facilitação de procedimentos *restaurativos*, isto é, de pacificação entre os envolvidos, pensamos que o condicionamento da ação penal pública seria igualmente suficiente, embora reconheçamos que a *disponibilidade* da ação privada contemplaria maiores possibilidades de efetividade (da pacificação). Certamente não era essa a intenção e a fundamentação do nosso Código de Processo Penal de 1941, a tanto bastando ver os *antigos crimes contra os costumes* (atuais *crimes contra a dignidade sexual*), previstos na redação originária do nosso Código Penal como de persecução privada.

A única razão para a permanência da ação penal privada parece ser o controle – objetivo, e não discricionário – de propositura da ação penal, o que permite à vítima de determinados delitos ingressar no juízo criminal independentemente do juízo de valor que dele ou sobre ele fizer o Ministério Público. Em outras palavras, a ação privada existiria para reservar inteiramente ao seu respectivo titular – ofendido e/ou legitimados para o processo – não só o juízo de conveniência e oportunidade da ação, mas, sobretudo, para permitir que o ofendido (ou seu representante legal e os demais

legitimados para a ação, em caso de morte ou ausência dele) manifeste livremente a sua convicção – *opinio delicti* – acerca da existência do crime e da suficiência da prova para a instauração da ação penal.

O que se quer ressaltar aqui é que a intervenção de natureza penal tem por objeto matéria de interesse reconhecidamente público, instituída em favor da coletividade. Aliás, essa é uma fórmula muito cara à teoria do processo: o exercício da jurisdição é a atividade de *substituição* do particular pelo Estado, para fins de racionalização da Justiça e da aplicação do Direito.

Enfim, se houvesse um delito que *interessasse mais* ao particular que à coletividade, talvez não existisse razão para a criminalização da conduta, sobretudo e particularmente sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito. É por esse motivo que a regra, posta na Constituição da República (art. 129), é a ação penal pública.

Como se observa, então, não é tarefa fácil justificar a razão de ser da existência da ação penal privada, explicada normalmente, na doutrina e na jurisprudência, com fundamento apenas no *strepitus iudicii*. Como veremos, ainda em relação ao *escândalo do processo*, há outros complicadores, como o perdão oferecido pelo querelante (autor da ação privada), mesmo depois de já instaurada a ação privada, isto é, *mesmo depois de já divulgada a existência do fato*.

Do mesmo modo, é o que ocorre com a *perempção*, ou perda do direito de prosseguir na ação já instaurada, em razão da inércia ou negligência processual do autor. Assim como ocorre em relação ao perdão (desde que aceito este pelo réu) é também causa extintiva da punibilidade, conforme o disposto no art. 107, IV e V, do CP. Em ambas as situações, o fato delituoso já teria sido divulgado, fazendo-se presente, portanto, o temido *strepitus iudicii*.

Contudo, cumpre anotar que há hipóteses em que a extinção da punibilidade ocorre independentemente da vontade (consentimento ou desinteresse processual) do ofendido, deixando a descoberto, sem qualquer justificativa plausível, a renúncia estatal em relação à pretensão punitiva de tais crimes. É o que se dá, por exemplo, quando se julga perempta a ação penal, e daí extinta a punibilidade, pela morte da

vítima (art. 60, II, CPP), ou quando, sendo pessoa jurídica o querelante, esta se extinguir sem deixar sucessores.

No que diz respeito à primeira hipótese, se a vítima não for casada ou não tiver ascendente, descendente ou irmão, a punibilidade estará extinta, sem que ela tenha querido ou admitido tal hipótese, tão somente em razão de sua morte.

Constata-se, então, a insuficiência absoluta do critério *do strepitus iudicii* para justificar a existência das ações penais privadas. Não por outra razão, cada dia mais diminui tal modalidade de ação penal no Brasil.

Mas como se justificaria, afinal, a existência de uma ação penal privada?

A nosso aviso, a única alternativa que se abre para uma resposta a semelhante indagação diz respeito exatamente a um interesse *não penal* de que o ofendido é titular *em todos os crimes de ação privada*.

É que, existindo na ordem jurídica uma previsão legal de recomposição econômico-financeira pelos danos causados pela infração penal, a só existência do instituto da *assistência* (art. 268, CPP) não parece suficiente para proteger com maior eficácia o interesse da vítima. É que a assistência somente tem lugar *após* já instaurada a ação penal. Mas, e quando o Ministério Público se manifestar *tempestivamente* pelo arquivamento, de tal maneira que não se abra oportunidade para a chamada ação privada *subsidiária* da pública (art. 29, CPP)?

Em tais situações, embora o citado arquivamento não impeça a discussão da causa no âmbito civil (art. 67, I, CPP), o fato é que quando a motivação daquele arquivamento estiver ligada à *atipicidade* da conduta, por exemplo, haverá, inegavelmente, influência da decisão no juízo cível. Isso parece ainda mais evidente nos delitos contra a honra, nos quais a tipicidade ou a tipologia civil e a penal são praticamente as mesmas.

Ocorre que, nesses crimes, de maior interesse de recomposição patrimonial (ainda que por dano moral) o manejo da ação privada garantiria ao ofendido maior controle sobre a apreciação judicial do caso. Sendo pública a ação, eventual insuficiência da atuação do Ministério Público poderia, em tese, repercutir no juízo cível, já que há

decisões absolutórias que vinculam esta instância, conforme veremos ao exame da ação civil *ex delicto*.

Essas, algumas explicações. Que não contam com nossa adesão pessoal. Para nós, toda intervenção penal deveria ser pública, se e desde que no âmbito do processo de natureza *condenatória* (não restaurativas).

5.7.1 Legitimação ativa

A regra é que a legitimação ativa para a ação privada seja atribuída ao ofendido, quando capaz, a quem caberá avaliar a conveniência e a oportunidade da instauração da ação penal.

Tratando-se de ofendido menor de 18 anos, a lei não reconhece a ele capacidade processual para estar em juízo, atribuindo-a ao seu representante legal (art. 30, CPP). Na hipótese de ele não ter representante legal, cujo poder de representação decorra da lei (poder familiar – art. 1.630 e seguintes do Código Civil –, tutela ou curatela), ou, se tiver, houver conflito de interesse entre ambos, o juiz deverá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, nomear curador especial para a defesa de seus interesses. Igual procedimento será adotado quando se tratar de pessoa incapaz, mentalmente enferma ou retardada mental (art. 33, CPP).

Nos termos do art. 34 do CPP, se o ofendido for maior de 18 e menor de 21 anos, a ação penal poderia ser instaurada tanto por ele quanto por seu representante legal, prevendo a lei verdadeira hipótese de *legitimação concorrente*, nada impedindo, também, a formação de *litisconsórcio* entre ambos.

O Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), vigente desde 11 de janeiro de 2003, contudo, alterou significativamente a questão relativa à menoridade (arts. 4º e 5º) para a prática de atos de natureza civil.

Atenta aos reflexos dessa modificação no âmbito de outros ramos do Direito, fez constar expressamente em seu art. 2.043: "*Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados*

a este Código."

Em princípio, a interpretação que emergiria imediatamente do referido texto é: em matéria penal e em matéria processual penal, *não haveria qualquer modificação*.

Nessa linha, nada se alteraria na menoridade penal – o que é mesmo óbvio – nem nos institutos do processo penal, incluindo as disposições atinentes à capacidade processual.

Assim, embora a atual lei civil estabeleça que o maior de 16 anos (e menor de 18) seja *relativamente incapaz*, e não mais *absolutamente incapaz*, não se poderá pensar em reconhecer a ele qualquer capacidade processual para as ações penais: nem para figurar como réu (sem considerar a questão de inimputabilidade no campo *penal*) nem para ingressar como querelante, na ação privada. Aqui, aplica-se, em toda a sua extensão e efetividade, a regra do art. 2.043 do CC.

Entretanto, com a vigência da Lei nº 10.792/03, pensamos que as disposições atinentes à exigência de nomeação de curador ao réu *menor* (menor de 21 e maior de 18) estão revogadas.

Como o art. 10 da citada lei *revoga expressamente* o contido no art. 194 do CPP ("*Se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença do curador*"), parece irrecusável a conclusão no sentido de que o legislador processual penal acolheu definitivamente a redução da incapacidade civil feita pelo Código Civil.

Com isso, não se deve mais pensar na existência de representante legal do menor de 21 anos e maior de 18 anos. Por uma razão simples: se a representação é *legal*, há que se encontrar nela a sua definição. Assim, se a legislação civil afirma que o maior de 18 anos é absolutamente capaz, onde se encontraria a base legal para a representação dele?

Ficam, então, implicitamente revogadas e não mais aplicáveis todas as normas processuais penais que tratam da representação legal do menor de vinte e um e maior de 18 anos, a começar pela regra do art. 34 do CPP.

A legitimidade ativa para a ação privada pertencerá unicamente a ele, bem assim

na hipótese de renúncia e de perdão, não sendo o caso de nomeação de um representante pelo juiz, já que não se trata da hipótese do art. 33 do CPP.

Seguindo.

Sendo o ofendido pessoa jurídica, desde que legalmente constituída, a ele caberá a legitimação ativa, devendo fazer-se representar por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem (art. 37, CPP). É de se ver, porém, que, tratando-se de crime praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será sempre pública (art. 24, § 2º, CPP).

Serão também de ação pública incondicionada os crimes previstos na Lei nº 8.069/90, quando praticados contra a criança e o adolescente (art. 227, Lei nº 8.069/90), bem como aqueles previstos na Lei nº 10.741/03, art. 95, o conhecido Estatuto do Idoso. Na mesma linha, a Lei nº 11.101/05 (Lei de Falência), conforme art. 184.

A legitimação *ad causam* (titularidade, em tese, do direito) e a capacidade *processual* – ou seja, capacidade de estar em juízo – não dispensam, entretanto, a exigência de profissional do Direito devidamente habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil, único com capacidade postulatória para o ajuizamento da ação penal privada. A procuração deverá conter poderes especiais para o oferecimento da queixa, bem como o nome do outorgante – querelante – e a referência ao fato criminoso, a menção aos fatos quando não depender de qualquer providência judicial anterior (art. 44, CPP).

Se pobre o ofendido, assim considerado aquele que não pode prover as despesas do processo sem se privar dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família (art. 32, § 1º, CPP), o juiz deverá nomear advogado para a promoção da ação penal, onde não houver Defensoria Pública organizada em carreira. Anote-se, ao ensejo, a impossibilidade de um ainda conhecido *atestado de pobreza*, expedido por autoridade policial ou mesmo pelo Chefe do Executivo municipal. Tal providência foi revogada, há muito tempo, pela Lei nº 1.060/50. Basta, então, simples declaração pessoal da impossibilidade de se responder pelas despesas e custas processuais, sem prejuízo de sua subsistência.

No caso de morte ou ausência da vítima, declarada esta judicialmente, a lei prevê especial hipótese de legitimação *anômala*, admitindo a sucessão do ofendido pelo seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31, CPP), devendo ser obedecida a ordem de preferência. Entretanto, qualquer uma delas poderá prosseguir na ação já instaurada, caso o querelante (isto é, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão) desista ou abandone a instância (art. 36, CPP). Observe-se, por fim, que a possibilidade de sucessão por abandono ou desistência do *querelante*, tal como se acha disposto no citado art. 36, somente é possível quando este for *quaisquer das pessoas arroladas no art. 31*, pois quando o abandono ou desistência é manifestado pelo próprio ofendido, a hipótese será de perempção (art. 60, CPP).

5.7.2 Disponibilidade

Pelas razões já expostas é que se afirma a existência de um poder discricionário do ofendido ou dos demais legitimados (art. 31, CPP), únicos árbitros da conveniência e da oportunidade de se instaurar a ação penal nos crimes cuja persecução seja de iniciativa privada. Ao contrário, pois, da ação penal pública (incondicionada ou condicionada), a ação privada encontra-se na esfera de disponibilidade de seu titular ou a tanto legitimado.

Essa disponibilidade manifesta-se nas seguintes situações e por meio dos comportamentos adiante alinhados.

5.7.2.1 Renúncia

Por renúncia há de se entender a abdicação ou recusa do direito à propositura da ação penal, por meio da manifestação da vontade do não exercício dela no prazo previsto em lei. A renúncia, portanto, é modalidade de extinção da punibilidade (art. 107, V, CP) antes da instauração da ação penal.

Como se trata da recusa ao exercício de um *direito*, e porque dessa abdicação surgem relevantes consequências jurídicas na órbita do interesse do suposto agente do fato, a lei prevê que a renúncia pode ser manifestada tanto de maneira *expressa*

quanto *tacitamente*.

Será expressa quando constar de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal, ou procurador com poderes especiais (art. 50, CPP). Por renúncia *tácita* deve-se entender a prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito à ação penal, nos termos do disposto no art. 104 do CP, admitindo-se quaisquer meios de prova para a sua demonstração (art. 57, CPP).

Convém assinalar que, nos termos do mesmo art. 104 do CP, não implica renúncia o fato de *o ofendido receber a indenização do dano causado pelo crime*. Tal dispositivo é frontalmente contrário ao que dispõe a Lei nº 9.099/95, cujo art. 74 estabelece ser causa de renúncia ao direito de queixa a composição civil realizada no âmbito do Juizado Especial Criminal, quando devidamente homologada em juízo.

É bem de ver, porém, que não se cuida de revogação do citado art. 104, ainda que a Lei nº 9.099/95 seja posterior a ele. A questão situa-se em outro nível, ou, mais precisamente, na qualificação jurídica das infrações penais submetidas a uma e outra instância (Justiça Comum e Juizados Especiais).

Os Juizados Especiais Criminais têm competência para a conciliação, processo, julgamento e execução das infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, isto é, as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos (art. 61, Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 11.313/06). Para tais infrações, visto que o objetivo primeiro da instituição dos Juizados é justamente a reparação dos danos causados pela infração, procurou-se incentivar a conciliação dos interesses em disputa, oferecendo-se ao suposto autor do fato a possibilidade de ver afastada a persecução penal sempre que for realizada a composição civil.

Tais disposições não têm relação alguma com a regra prevista no art. 104 do CP, ainda vigente e perfeitamente aplicável aos fatos delituosos considerados de maior potencial ofensivo.

Aliás, cumpre observar que a redação dada ao mencionado art. 74 da Lei nº 9.099/95 faz menção à renúncia também do direito à representação, em razão da

composição civil homologada em juízo, inovando em nosso Direito Processual Penal, em que se reservava o instituto (da renúncia), até então, exclusivamente para as ações privadas. Também a Lei nº 11.340/06 fala em *renúncia* da representação (art. 16 – Lei de Violência Doméstica).

Tratando-se de ofendido menor de 18 anos, diante de sua incapacidade processual (de estar em juízo), o direito de queixa (e, assim, o de renúncia a este direito) é atribuído *exclusivamente* ao seu representante legal. Como já visto, se da renúncia manifestada pelo representante do menor se puder concluir pela existência de conflito de interesses entre ambos, deverá o juiz nomear a este curador especial.

Do mesmo modo que ocorreu relativamente à legitimação ativa para a ação privada, no caso do maior de 18 e menor de 21 anos, as alterações do Código Civil, no ponto em que fizeram cessar a menoridade *aos 18 anos* (art. 5º, CC), suscitarão algumas indagações também em relação à renúncia – como, aliás, já apontamos.

Se, pelo regime anterior, tanto o menor (de 21, maior de 18 anos) quanto o seu representante legal poderiam exercer o direito de queixa, nos termos do art. 34 do CPP, vimos que diante da inexistência (*não exigência*, na *lei*) de representante legal para o maior de 18 anos, esse direito deverá ser exercido unicamente pelo ofendido.

Em consequência disso, toda aquela construção jurisprudencial acerca da *autonomia* entre o direito de ação do ofendido e o direito de seu representante legal, consubstanciada na Súmula 594 do STF, perdeu muito de sua utilidade, tanto no âmbito da legitimação ativa quanto no âmbito da *disponibilidade* da ação penal privada, nas suas variadas manifestações (renúncia e perdão).

Assim, se, *antes*, a renúncia manifestada por um (ofendido menor de 21, maior de 18 anos) não prevalecia em relação ao outro (seu representante legal) que a ela se opusesse, nos termos do art. 50, parágrafo único, do CPP, *atualmente* semelhante situação não ocorrerá, tendo em vista que *a partir dos 18 anos* o ofendido passa a ser o único titular do direito de queixa e, assim, do direito à renúncia e ao perdão.

O quadro, então, passa a ser o seguinte:

a) se o ofendido é menor de 18 anos, não tendo ele *capacidade de estar em juízo*,

somente o seu representante legal poderá ingressar com a ação privada; do mesmo modo, somente o representante legal poderá *renunciar* e conceder *perdão* (arts. 33, 50 e 53, todos do CPP);

b) quando o ofendido menor completar a idade de 18 anos, ele poderá ingressar com a queixa (art. 50, parágrafo único, CPP),*se e desde que ainda não tenha se operado a decadência em relação ao seu então representante legal*. É dizer: como o prazo decadencial para o ingresso em juízo nas ações privadas, em regra, é de seis meses, contados a partir do conhecimento da autoria do fato, uma vez superado esse prazo *antes* de o ofendido completar 18 anos, o caso é de não aplicação do parágrafo único do art. 50 do CPP, por já se encontrar extinta a punibilidade (art. 107, V, CP).

Todavia, se quando o ofendido completar 18 anos ainda estiver em curso o prazo decadencial para o exercício da queixa, poderá ele, e somente ele, ingressar em juízo, *no prazo ainda restante*, tendo em vista a superveniente perda do poder de representação por parte do representante legal. Como visto, isso não será possível, porém, se já tiver havido a renúncia por parte do representante legal, *antes* de o ofendido completar 18 anos, quando se fará presente causa extintiva da punibilidade (art. 107, V, CP).

Por fim, no caso de incapacidade do ofendido, e se da renúncia manifestada se puder concluir pela existência de conflito de interesse entre este e o seu representante legal, deverá o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, designar curador especial para o exercício do direito de queixa (art. 33, CPP).

Questão absolutamente relevante no que diz respeito à renúncia é a que consta no art. 49 do CPP, a qual prevê que a renúncia, em relação a um dos autores do crime, *deverá ser estendida a todos os demais*. Daqui surgirão questões de maior complexidade. Por ora, porém, deixemos apenas registrado que a renúncia *tácita*, nos termos do disposto no art. 104 do CP, deve ser entendida como a prática de *ato incompatível com a vontade de exercer o direito à ação penal*. Mais adiante voltaremos ao tema, ao exame da *indivisibilidade* da ação penal privada (5.7.3).

5.7.2.2 Perempção e desistência

Do mesmo modo que ocorre em relação à renúncia, o querelante pode também recusar ou abdicar do direito à ação penal já instaurada, manifestando, por diversas maneiras, o desinteresse em seu prosseguimento, independentemente de qualquer justificativa. A *perempção* é, pois, a perda do direito de prosseguir na ação penal já instaurada, cujo efeito é a extinção da punibilidade, consoante o disposto no art. 107, IV, do CP.

Na verdade, pode até ocorrer que o querelante, autor da ação penal, não esteja, efetivamente, disposto a abandonar a ação penal. Entretanto, a própria lei exige dele um comportamento permanentemente ativo, dado que a imputação penal em juízo é suficiente para atingir o estado de dignidade do cidadão. Por isso, espera-se do autor a maior celeridade possível, com observância rigorosa dos prazos e procedimentos legais, para a obtenção do provimento judicial final.

Considera-se, então, *perempta* a ação penal quando, iniciada, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos (art. 60, I, CPP) Obviamente, como a razão da lei é a celeridade e a exigência de demonstração, pelo ofendido, da efetiva lesão causada pelo fato, somente se reconhecerá a perempção em tal hipótese desde que seja regularmente intimado o querelante (ele e seu procurador) para a adoção de providências necessárias ao impulso do processo.

Configura também causa de perempção o fato de deixar o autor (querelante) de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou, ainda, deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais (art. 60, III, CPP).

Observe-se que a primeira hipótese diz respeito à *desídia* do ofendido ou legitimado, com prejuízo para o andamento da ação, enquanto a segunda refere-se à possibilidade de eventual alteração do convencimento do querelante acerca da delituosidade ou autoria do fato, bem como de desinteresse, por qualquer motivo, na solução da questão. É importante registrar que a presença do querelante aos atos do processo somente pode ser exigida em relação aos atos de natureza *instrutória*, ou

seja, naqueles em que a sua participação é relevante para a apuração dos fatos. Não é causa de perempção, por exemplo, o não comparecimento a audiências conciliatórias, podendo o querelante se fazer representar pelo advogado. Ver, nesse sentido, STF – HC nº 71.219/PA, HC nº 81.264/RJ e HC 86.942/MG.

É causa de perempção, ainda, a morte do querelante sem sucessores, ou quando, havendo sucessores, estes não se habilitarem a prosseguir na ação no prazo de 60 dias, ou quando, tratando-se de pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor (art. 60, II e IV, CPP).

5.7.2.3 Perdão

Diferentemente do que ocorre em relação à *renúncia* e à *perempção*, o *perdão*, também causa extintiva da punibilidade quando aceito pelo réu, ostenta características muito mais próximas – embora legal e tecnicamente não o seja! – de um *consentimento – ou assentimento – posterior* que de um eventual desinteresse pela condenação do acusado.

Ao contrário da renúncia, o perdão é ato *bilateral*, cuja eficácia depende, assim, da *aceitação* do querelado ou de quem tenha poderes para representá-lo, na hipótese de sua incapacidade (art. 53, CPP).

Ainda que se exija a aceitação do perdão, para os fins de extinção da punibilidade *sob tal fundamento*, o fato é que, na prática, em caso de não aceitação do perdão por parte do querelado, basta ao querelante *abandonar* a ação em curso para que ela seja colhida pela perempção. Então, por que a exigência de aceitação do perdão? Talvez, e provavelmente, porque com a aceitação o ofendido poderá obter algum tipo de satisfação de ordem moral, para conforto pessoal, já que, do ponto de vista jurídico, a aceitação do perdão não implica assunção de culpa e, por isso, de responsabilidade civil.

O perdão pode ser tácito ou expresso, dentro ou fora do juízo, devendo o querelado ser intimado, quando declarado nos autos, para, no prazo de três dias, manifestar-se sobre ele, constando da intimação, necessariamente, que o seu silêncio,

no referido prazo, implicará a aceitação (art. 58, CPP). O perdão *tácito*, nos termos do disposto no art. 106, § 1º, do CP, é o que resulta da prática de qualquer ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação penal. A aceitação do perdão, quando feita fora do processo, deve constar de declaração assinada pelo querelado ou por procurador com poderes especiais (arts. 50 e 59, CPP).

Embora não conste de regra expressa, acompanhamos a doutrina de Tourinho Filho (1992, v. 1, p. 524), no sentido de ser perfeitamente válida e possível a aceitação *tácita* do perdão, ainda que fora do processo.

Não vemos nem sequer necessidade do recurso à analogia, pois o próprio sistema processual atinente ao perdão permite tal conclusão, dado que a única preocupação manifestada pelo legislador, ao prever a aceitação tácita do perdão em juízo, pelo silêncio no prazo de três dias (art. 58, CPP), foi em relação ao meio de prova da existência de um (perdão) e outro (aceitação). Entretanto, esta preocupação não se acha presente na regra do art. 57 do CPP, no qual se observa que a renúncia e o perdão tácitos admitirão todos os meios de prova. Não vemos por que não estender o âmbito normativo do apontado dispositivo também à hipótese de aceitação tácita *extraprocessual*.

Como já visto, o Código Civil, fazendo cessar a menoridade aos 18 anos, conforme o disposto no seu art. 5º, terminou por tornar sem efetividade a figura do *representante legal* do maior de 18 e menor de 21 anos prevista no art. 52 do CPP.

Como a legitimação ativa para a referida ação pertence exclusivamente ao maior de 18 anos, também a ele, unicamente, caberá o direito de perdoar o querelado, não havendo quem possa se opor a este perdão, diante do desaparecimento *concreto* do representante legal previsto no art. 52 do CPP.

No particular, embora não tenha havido revogação expressa dos arts. 34 e 54, nem mesmo do art. 262, todos do CPP – as demais hipóteses de *curatela* (mentalmente enfermo ou retardamento mental) não poderiam mesmo ser atingidas por quaisquer normas relativas *à representação legal* –, é de se ver que a *curatela* processual do menor de 21 anos e maior de 18 (art. 262, CPP) foi expressamente afastada com a revogação do art. 194 do CPP.

Remetemos o leitor, para mais esclarecimentos, aos itens 5.7.1 e 5.7.2.1.

Finalmente, quando ambos (querelante e querelado) forem incapazes, tanto a concessão do perdão quanto sua aceitação caberá ao curador que o juiz lhes nomear (arts. 33 e 53, CPP).

Como se pode constatar, o perdão e a renúncia guardam muitas semelhanças, podendo-se arrolar: tanto em uma quanto em outra hipótese, o perdão ou a renúncia apresentada em relação a um é extensiva aos demais autores do fato, não valendo, porém, em relação ao acusado que não tenha aceitado o perdão; perdão e renúncia podem ser apresentados por procuradores com poderes especiais (arts. 50, 55 e 56, CPP); a renúncia ou o perdão de um dos ofendidos não prejudica o direito dos demais (art. 106, II, CP); ambos admitem quaisquer meios de prova, quando se tratar de perdão ou renúncia tácita (art. 57, CPP).

Por fim, e já no campo das diferenças entre ambos, anote-se que a renúncia é manifestada *antes* da ação penal, enquanto o perdão é *posterior* ao oferecimento da queixa, podendo ser concedido até antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 106, § 2º, CP).

5.7.3 Indivisibilidade

Por *indivisibilidade* da ação penal deve-se entender a impossibilidade de se fracionar a persecução penal, isto é, de se escolher ou optar pela punição de apenas um ou alguns dos autores do fato, deixando-se os demais, por qualquer motivo, excluídos da imputação delituosa.

A regra da indivisibilidade, embora justificada até mesmo por critérios de isonomia, bem demonstra a permanência do interesse público na apuração e na punição do fato, permitindo ao ofendido tão somente o juízo de conveniência acerca da instauração da ação, por questões ligadas, como vimos, aos riscos decorrentes de eventual divulgação dos fatos, o *strepitus iudicii* (segundo a doutrina majoritária), ou, como preferimos, à titularidade para a formação da *opinio delicti*, que, assim, nas ações privadas, independeria do entendimento do Ministério Público.

Por isso, e como se observa do disposto nos arts. 49 e 51 do CPP, tanto a renúncia quanto o perdão devem ser manifestados em relação a todos os autores do fato, sob pena de rejeição da queixa em razão de causa extintiva da punibilidade (art. 107, V, CP), se oferecida apenas contra alguns deles. Daí o que se contém no art. 48 do CPP, no qual se verifica que a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, devendo o Ministério Público velar pela sua indivisibilidade.

De modo geral, a doutrina e a jurisprudência não hesitam em afirmar que o papel do Ministério Público, no que se refere ao dever de *velar pela indivisibilidade* da ação penal privada, limitar-se-ia à simples manifestação nos autos, pugnando pela extensão dos efeitos da renúncia a todos os querelados, quando expressa ou tácita, decorrente da não inclusão de alguns dos autores do fato.

Argumenta-se que o Ministério Público, por não ter legitimidade para a ação privada, estaria impedido de aditar a queixa, para nela incluir autores ou partícipes não apontados pelo querelante, único legitimado a fazê-lo, segundo majoritariamente se afirma.

Uma primeira observação se impõe: o Código de Processo Penal, em diversas oportunidades, exige que a queixa seja oferecida *contra todos* (art. 48); que a renúncia em relação a um dos autores a todos se estenderá (art. 49); e que o perdão concedido em relação a um dos querelados aproveitará *a todos*... (art. 51).

Ocorre que a individualização objetiva das pessoas abrangidas pelo vocábulo *toda* ou *todos* somente é possível em relação ao disposto no art. 51, isto é, em relação ao perdão. Nesse dispositivo, a identificação não oferece qualquer dificuldade; proposta já a ação, o perdão deve ser concedido *a todos* os *querelados*, isto é, a todos efetivamente incluídos na queixa.

Entretanto, a mesma facilidade não existe quando se quer a identificação e individualização de quem estaria abrangido na expressão *todos*, na hipótese de se pretender presente a renúncia em relação a alguns autores do fato. Se a renúncia é expressa, não há qualquer problema. A manifestação da vontade é facilmente obtida, não havendo dúvida possível em relação à sua existência.

No entanto, se a renúncia, que se pretende presente, for tácita, ou seja, decorrente simplesmente da não inclusão de *todos* no polo passivo da ação penal, a quem a lei teria atribuído a titularidade para o juízo de valor acerca da autoria do crime?

Como já ressaltamos, encontra-se nos manuais de processo penal a frequente afirmação no sentido de que, se o querelante deixa de incluir algum dos autores do fato, a queixa deve ser rejeitada, aplicando-se a regra de extensão da renúncia – tácita, pela não inclusão – aos querelados mencionados na peça inicial.

A solução, com o devido respeito, não nos parece a mais acertada, ao menos como regra abstrata e objetiva, a ser seguida em qualquer hipótese. E, segundo acreditamos, sobram razões.

A primeira delas é que a realidade cotidiana nos revela que, em muitas oportunidades, a constatação da participação de determinadas pessoas no fato delituoso pode oferecer algumas dificuldades, não perceptíveis, à primeira vista, aos responsáveis pela investigação criminal e mesmo ao advogado, representante judicial do ofendido. Assim, em tais situações, não nos parece conveniente nem em sintonia com o sistema processual penal brasileiro deixar-se o controle da indivisibilidade da ação exclusivamente em mãos do particular, ainda que subsidiada pela atividade desenvolvida pela autoridade policial. Limitar a atuação do Ministério Público ao simples exame da ocorrência de renúncia tácita é reduzir-lhe, sobremaneira, a relevantíssima função de *custos legis* que lhe atribui a lei (art. 45, CPP).

Nesses casos, ainda que a autoridade policial ou o próprio ofendido não tenham identificado a participação de determinada pessoa, por isso não *indiciada* e não *incluída* na queixa, parece-nos que caberia ao Ministério Público o aditamento da queixa (art. 45, CPP), para nela incluir quem, a seu juízo, como órgão constitucionalmente responsável pela defesa da ordem jurídica (art. 127, CF), tenha efetivamente participado ou contribuído criminosamente para a prática do delito.

Tal conclusão decorre até mesmo do próprio sistema do Código de Processo Penal. Com efeito, se a atividade de *custos legis*, expressamente prevista no art. 45 do CPP, já permite ao Ministério Público o exercício do papel que quer lhe atribuir a doutrina, ou seja, o de manifestar-se pela rejeição da denúncia, em razão de renúncia

tácita, ou de se manifestar no sentido de reabertura de prazo ao querelante para eventual confirmação da mesma renúncia tácita, qual seria a razão de ser da norma prevista no art. 48 do CPP, que atribui ao *parquet* a função de velar pela indivisibilidade da ação penal? Acaso, quando ele atua como *custos legis*, não deve velar pela correta aplicação da lei penal? E, sendo assim, não estaria aí incluída a matéria relativa à eventual ocorrência de renúncia tácita?

Com razão, portanto, Mirabete (2001, p. 204), para quem o Ministério Público tem poderes para aditar a queixa, inclusive para nela incluir coautor ou partícipe cuja autoria ou participação não tenha sido constatada pelo querelante.

O tema, de indiscutível relevância, permite também a seguinte indagação: estaria o querelante submetido ao juízo de valor feito pela autoridade policial por ocasião do *indiciamento* dos autores do fato? Afinal, a quem compete dizer qual seria a *totalidade* dos autores e/ou partícipes do crime?

Doutrina e jurisprudência parecem não enfrentar a questão quando afirmam simplesmente que a não inclusão, na queixa, de um dos autores do fato (quais? Quem pode assim qualificá-los?) implicaria a renúncia, tácita, em relação aos demais. Vejamos: se o delegado de polícia promove o indiciamento de quatro pessoas e o ofendido oferece queixa contra todos, acaso estaria preservada a indivisibilidade da ação penal?

Outro exemplo: suponhamos que a autoridade policial indicie as mesmas quatro pessoas como autoras do fato. O ofendido, contrariamente à opinião da autoridade, e por entender que um deles não teria participado do crime, ou que a sua contribuição não alcançaria a fronteira da ilicitude penal, deixa de incluí-lo na queixa.

Diante das hipóteses apresentadas, de duas, uma: ou se admite que a valoração penal seja feita pelo próprio ofendido, e aí não se poderá negar que ele poderá escolher a pessoa a ser processada, ou se defere tal função à autoridade policial, via indiciamento, o que nos parece também um rematado absurdo (assim também pareceu à Quinta Turma do STJ, que, no RHC 55.142/MG, Rel. Min. Felix Fische 21.05.2015, julgou que a não inclusão de eventuais suspeitos na queixa-crime não configura, por si só, renúncia tácita ao direito de queixa).

Quando, porém, e ao contrário, reserva-se ao Ministério Público o controle final acerca da responsabilização subjetiva penal, nada mais se estará fazendo senão atribuir a quem já é constitucionalmente assegurada a defesa da ordem jurídica (art. 127, CF) a função de velar pela correta e eficaz aplicação da lei penal àquele que, efetivamente, tenha praticado infração penal.

Merece registro, também aqui, o entendimento, praticamente sem divergência, no sentido de que o Ministério Público não poderia recorrer de sentenças absolutórias, no âmbito de ações penais privadas, se o querelante não o fizesse antes. Argumenta-se, do mesmo modo, com a ilegitimidade de parte.

Ainda que não convencidos do acerto de semelhante argumento – quanto à ilegitimidade de parte, veja-se bem –, pensamos que, nesse ponto (isto é, da vedação do recurso do Ministério Público, diante do desinteresse do querelante), o referido entendimento está correto, sob a perspectiva de uma ação que se encontra na *disponibilidade* da vítima. Assim, se o querelante pode perdoar ou deixar perempta a ação, por que não poderia ele se contentar com a absolvição? Se ele pode renunciar à própria ação, por que não o fazer em relação ao *recurso*?

Cabe ainda outra consideração. A inclusão de *partícipe* ou *coautor* pelo Ministério Público nada tem que ver com a questão relativa à legitimação *ad causam*. A legitimidade permanece em mãos do ofendido. Pode ele, inclusive, abandonar a causa, ou, por outro modo, dar ensejo à perempção da ação, ou, ainda, perdoar todos os acusados. Aliás, o aditamento pelo Ministério Público somente é possível exatamente em razão da anterior iniciativa penal já manifestada pelo legitimado. Ocorre, porém, que, embora a ele se defira o juízo de conveniência e oportunidade para a instauração da ação, o controle da punibilidade (daí o da indivisibilidade), no que se refere à sua exata medida e extensão, há de permanecer em poder do Estado.

É preciso, mais, que se relembre da definição legal de renúncia *tácita*.

Entende-se por renúncia tácita a prática de *ato incompatível com a vontade de exercê-lo* (art. 104, parágrafo único, CP), ou seja, o que deve ser decisivo é a manifestação de vontade, inequívoca, do ofendido. A não concordância com o indiciamento açodado feito pela autoridade policial, ou o simples esquecimento, ou

erro de digitação da queixa, não podem nunca justificar a rejeição dela e, muito menos, a extinção da punibilidade por uma renúncia que jamais ocorreu.

Em tema de indivisibilidade, cumpre, por último, ressaltar que a regra não se aplica evidentemente às ações penais públicas, pautadas, como já visto, pelo princípio da *obrigatoriedade*. Assim, sendo o órgão da acusação obrigado a propor a ação penal, é ele obrigado a fazê-lo em relação a todos os autores do fato, sendo desnecessário o recurso à regra da indivisibilidade.

É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante se vê no julgamento do REsp nº 388.473/PR, Rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 15.9.2003.

5.7.4 Decadência

Tal como ocorre em relação às ações penais públicas, também as ações privadas têm prazo certo para o seu exercício, sob pena do perecimento do direito a elas.

Tratando-se de ações reservadas à iniciativa do ofendido, a legislação processual penal cuidou de estabelecer prazos de características distintas daqueles previstos para o exercício da ação penal pública, em razão, sobretudo, da natureza privada da disputa judicial a ser travada a partir do cometimento da infração penal.

Assim, com os olhos voltados para uma rápida solução do conflito e pacificação dos espíritos, optou-se – ao contrário do prazo *prescricional*, mais dilatado e tradicionalmente sujeito à interrupção e à suspensão – pela estipulação de prazo *decadencial*, muito menos elástico e, por definição conceitual, avesso aos incidentes de paralisação na sua fluência temporal.

O Código de Processo Penal prevê, como regra comum à generalidade das ações privadas, o prazo de *seis meses* para o exercício do direito de queixa, contados a partir da data em que o legitimado venha a conhecer a autoria do fato (art. 38, CPP).

Como julgamos ter demonstrado, a partir das mudanças na legislação civil (Código Civil) não mais se poderá falar em *autonomia* de prazos para o exercício do direito de queixa, consoante está previsto no art. 34 do CPP. Sem aplicabilidade,

portanto, o disposto na Súmula 594 da Suprema Corte, conforme já o assentamos por ocasião dos estudos atinentes à *legitimação ativa* para as ações privadas. Ver itens 5.7.1 e 5.7.2.1.

Nos crimes contra a propriedade imaterial, prevê o art. 529, CPP, que a queixa, quando fundada em apreensão e perícia, deve ser oferecida até 30 dias após a homologação do laudo pericial (art. 529, CPP). Decadencial o prazo, portanto.

Registre-se, aqui, a revogação do crime de adultério pela Lei nº 11.106/05, com o que não se há mais de falar no especialíssimo prazo previsto no art. 240 do CP. Revogação, aliás, para além de bem-vinda, tardia.

Observe-se, por fim, que, em regra, como visto, os prazos decadenciais não se submetem a causas interruptivas ou suspensivas, fluindo, portanto, independentemente da data do início ou da eventual morosidade das investigações, desde que, por óbvio, já se saiba previamente acerca da autoria do fato.

É importante também assinalar que o que efetivamente importa no âmbito da decadência é a manifestação de vontade persecutória por parte do querelante. Assim, mesmo que a queixa seja oferecida perante juízo incompetente, relativa ou absolutamente incompetente, estará superada a decadência, se observado o prazo previsto em lei.

5.7.5 Crimes contra a dignidade sexual

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, dispondo sobre *os crimes contra a dignidade sexual*, além de modificar diversos tipos legais sobre a matéria, reduzindo, por exemplo, o crime de atentado violento ao pudor ao crime de estupro, com ampliação dos núcleos da conduta (art. 213, CP), pôs fim ao descalabro da ação penal privada para crimes de tamanha gravidade. Criou também outras incriminações e/ou aumento de penas (art. 217-A, CP, no denominado *Estupro de Vulnerável*).

Sempre sustentamos que, pelo menos desde a Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, o crime de estupro e o antigo atentado violento ao pudor, reunidos atualmente em uma única figura típica (art. 213, CP), deveriam ser perseguidos

mediante ação penal pública, *condicionada* à representação, no caso de violência *moral*, e *incondicionada*, na hipótese de violência *real*. É que, desde aquela época, o art. 101 do CP, com a redação dada pela citada reforma, impunha o reconhecimento do crime complexo em tais situações. Confira-se em nosso *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais* (São Paulo: Atlas, 3. ed., 2012).

A Lei nº 13.718/18 em boa hora alterou o art. 225 do Código Penal, e, assim, a configuração das ações penais relativas a esses crimes, tornando-as, enfim, públicas *incondicionadas*, o que sempre reputamos mais correto e adequado à reprovação de condutas tão graves.

A regra, portanto, agora é a persecução penal *incondicionada*, para *todos* os crimes cometidos contra a dignidade sexual.

Observe-se que a Lei nº 12.650/12, alterando o art. 111, V, CP, estabelece que o prazo prescricional nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes somente terá início na data em que a vítima completar 18 (dezoito anos). Fez-se ali ressalva, quando já proposta a ação penal, ao entendimento de que não mais se poderia falar na prescrição.

Bem, que a regra não se aplica aos fatos praticados anteriormente à Lei nº 12.650/12 é induvidoso. O novo regime seria mais gravoso, ao aumentar consideravelmente o prazo para a persecução penal. Aqui se imporia, à evidência, o princípio da legalidade, na perspectiva da *irretroatividade* da lei desfavorável.

Mas uma questão poderá surgir: e se a vítima falecer antes de completar 18 (dezoito anos)?

Obviamente, estamos nos referindo à hipótese de óbito *independente* do fato criminoso. Fosse ele consequência da conduta sexual, ter-se-ia a regra geral da *data do fato*.

A nosso juízo, o termo inicial de contagem do prazo seria o da data da morte do menor. Reproduzimos, no ponto, observações lançadas em outro espaço (www.eugeniopacelli.com. br/publicações/QuartascomLeiecomDireito):

"Feitas tais observações, o alargamento do prazo até os dezoito anos – maioridade – deve ser entendido como o

reforço de atenção à vítima, que, assim, poderia decidir, por si mesma, sobre a revelação/divulgação dos fatos, cujo conhecimento estivesse em poder de seu representante legal (se não ajuizada a ação ou a investigação).

No caso de morte causada pela violência sexual (art. 217, § 4º, CP), o prazo se contaria desta data (do óbito) por razões óbvias: o tipo penal se consumaria com ela!

Mas no caso de morte que não tenha qualquer relação com a violência sexual, o prazo deveria obedecer à lógica diversa. Naturalmente, mesmo sendo pública incondicionada a ação, a criança ou adolescente teria autonomia legal para oferecer a 'notitia criminis', levando ao conhecimento das autoridades a hediondez do fato de que fora vítima, independentemente de qualquer atitude de seus representantes legais.

Mas, se ela vem a falecer sem exercer essa faculdade antes (dos dezoito) não nos parece que esse trágico evento se enquadre como justificativa para a ampliação do prazo prescricional, sobretudo porque ela já não poderia oferecer qualquer contribuição à punição do crime. O caso, então, seria de se aplicar a regra geral.

No entanto, há que notar-se que, depois do fato e antes da morte, o prazo prescricional NÃO PODERIA CORRE Assim, pensamos que o marco inicial seria a data da morte."

Observa-se, por fim, que a Lei nº 12.015/09 não tem qualquer influência em relação às ações penais já ajuizadas. É dizer: se já proposta a ação penal pelo particular, não haverá qualquer modificação no polo ativo da demanda. De outro modo: exercido o *direito de ação*, ao tempo da lei anterior, não se aplicará a regra de legitimação ativa. Em síntese: a ação que era privada ou que era pública, antes de eventual modificação legislativa, continuará a ser privada ou pública. A matéria, no que toca ao *exercício de direito*, é processual. Proposta a ação, estará exercido aquele (direito), não se alterando a legitimação no curso do processo.

Mas restariam as questões, inevitáveis, de direito intertemporal, para as quais reproduzimos e remetemos o leitor à abordagem que fizemos ao exame das Leis Processuais no Tempo (Capítulo II, item 2.3).

5.8 Ação privada personalíssima

Ainda na linha da discricionariedade, a nossa legislação, para determinados delitos, reserva exclusivamente ao ofendido o juízo de conveniência acerca da propositura da ação penal, não sendo facultada a ninguém a substituição processual em caso de morte ou ausência do interessado.

É o que ocorre na hipótese do crime contra o casamento definido no art. 236 do CP

(induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, no casamento), cuja ação penal deverá ser promovida unicamente pelo *contraente enganado*, depois de transitada em julgado a decisão que anular o casamento. Aqui, como se percebe, presente uma condição de procedibilidade – ou condição objetiva de punibilidade, como queiram –, o prazo decadencial somente correrá após o citado trânsito em julgado.

Registre-se, por necessária pertinência, o desaparecimento, do nosso ordenamento jurídico, do crime de adultério, tendo em vista a revogação do art. 240 do CP, pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.

Em edições anteriores, dizíamos que uma coisa é reconhecer o *personalismo* de tais questões – induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, bem como do adultério –, e outra, muito diferente, é reclamar a intervenção do Direito Penal para a solução de tais mazelas.

O adultério, como visto, não se acha mais entre nós, ao menos no campo da recriminação penal, por força expressa de lei.

Quanto aos demais, permanecemos firmemente convencidos da total inadequação de regulação penal de comportamentos relacionados aos compromissos afetivos do casamento ou da união. Não se trata de qualquer menoscabo ao bem – que é de todos e é jurídico – tutelado na aludida norma penal. Em absoluto. A liberdade de união amorosa, a liberdade para a realização dos desejos e das necessidades afetivas de cada membro da comunidade, deve mesmo ser protegida. Apenas não nos convencemos de que o Direito Penal seja adequado a tais propósitos, até porque o que é punido nos delitos do art. 236 do CP é muito mais o fato *do casamento, em si*, do que a conquista do afeto alheio à custa de manobra fraudulenta ou omissiva. Protege-se mais a *instituição* do que propriamente o seu destinatário, a pessoa.

5.9 Ação privada subsidiária da pública

Com o objetivo de tutelar o mais amplamente possível os interesses da vítima, seja em razão da repercussão patrimonial eventualmente decorrente da ação criminosa,

seja ainda em sede da própria exigência da resposta penal ao ilícito contra ela praticado, prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, LIX, que "*será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*".

A legitimação do ofendido para a ação penal remonta à Antiguidade, em que, por muito tempo, o sistema processual vigente foi o acusatório privado.

Como consequência imediata da instituição do modelo acusatório *público*, com o aparecimento do Ministério Público, sobretudo a partir do século XIX, como órgão estatal responsável pela função acusatória, e o consequente afastamento do juiz de tais atividades, de modo a preservar ao máximo a sua imparcialidade, foi retirado do ofendido o direito de ação anteriormente a ele deferido, passando o Estado a ser o *devedor* não só da jurisdição, mas, também, da iniciativa penal.

A ação privada *subsidiária* da pública, conforme se encontra na história da evolução dos sistemas processuais do mundo ocidental, nada mais é, então, que o reconhecimento explícito da existência do interesse também privado na imposição de sanção penal ao autor do fato criminoso. E uma vez que tal interesse, que anteriormente legitimava o próprio direito de ação, seja atingido pela *inércia* e *inação* do órgão estatal acusatório, abre-se ensejo à iniciativa do ofendido, ou, na hipótese de sua morte ou ausência, aos sucessores processuais arrolados no art. 31 do CPP, para o exercício de verdadeiro *direito* ao início da persecução penal.

Pressuposto, então, do exercício de tal direito, é precisamente a *desídia* do Ministério Público, isto é, a ausência de manifestação tempestiva de ato de ofício, no prazo previsto em lei. Não a caracterizam, portanto, o só não oferecimento da denúncia, no prazo legal, desde que tenha ele, tempestivamente, pugnado pela necessidade de novas diligências a serem realizadas pela autoridade policial ou tenha se manifestado pelo arquivamento dos autos. O que efetivamente caracteriza a desídia é a ausência de qualquer manifestação dentro do prazo previsto na lei para o oferecimento da denúncia. Ver, nesse sentido, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 2.12.2010, HC 175.141/MT, *Informativo STJ*, dez. 2010).

Na hipótese de requerimento de arquivamento não se poderá intentar a ação subsidiária pela simples razão de que a ação não desloca para o ofendido a

titularidade da definição jurídico-penal do fato, mas, sim, e unicamente, a iniciativa *supletiva* do exercício da ação penal. E assim é porque, mesmo instaurada a ação subsidiária e oferecida a queixa em substituição à denúncia, em razão da inércia do Ministério Público, poderá este, além de *aditá-la*, como veremos, *repudiá-la* e oferecer *denúncia substitutiva* (art. 29, CPP).

É bem verdade, porém, que, uma vez provocada a jurisdição penal, com a ação privada subsidiária, não poderá o Ministério Público manifestar-se, desde logo, pela inexistência de crime ou pela insuficiência de provas da autoria e da materialidade. Equivocada, nesse ponto, a decisão a que acabamos de nos referir (*Informativo, STJ*, dez. 2010). Isso se deve ao fato de se tratar de verdadeira e originária ação *pública*, em que deverá ser observada a regra da *indisponibilidade*, como consequência do princípio da *obrigatoriedade*. Ao ofendido, nesses casos, reserva-se apenas a iniciativa da *propositura* da ação.

E também por esta razão não se pode falar na possibilidade de *perempção* ou de *perdão* na ação privada subsidiária da pública, cabendo ao Ministério Público *"[...] intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal*" (art. 29, CPP).

Aliás, diante de tais disposições, não vemos como aceitar o entendimento de que o Ministério Público ocuparia a posição de simples *assistente litisconsorcial* na ação privada subsidiária, como se a titularidade pertencesse efetivamente ao querelante. Assim não nos parece. Deferir-se ao querelante a legitimação para o oferecimento da queixa e, assim, da iniciativa penal, não implica o afastamento do *parquet* da responsabilidade principal pela respectiva ação penal, dado ser permitido a ele até mesmo a *ampliação temática* da ação, com o oferecimento de denúncia substitutiva da queixa, na qual será possível a inclusão de *novos fatos e/ou autores ou partícipes*, bem como a intervenção em todos os termos do processo (art. 29, CPP).

A possibilidade de o Ministério Público poder *repudiar* a queixa e oferecer denúncia *substitutiva* bem demonstra a natureza pública de semelhante modalidade de ação penal. Ao ofendido defere-se, como visto, a *iniciativa* para a instauração da

persecução penal em juízo, iniciativa essa que inclui a valoração jurídico-penal dos fatos, *para fins de formação de juízo acusatório*. Já veremos que de tal possibilidade não decorre a vedação ao Ministério Público de ampliação do campo temático da peça acusatória, é dizer: ao poder aditar a queixa, pode o MP incluir novos fatos e novos réus; no entanto, não poderá o *parquet* afastar a imputação inicialmente feita pelo ofendido. E, mais. A iniciativa deste (ofendido) permanece também *em grau recursal*. Ou seja: enquanto não ocorrer a hipótese do art. 29, *in fine*, do CPP, isto é, enquanto o Ministério Público não *retomar* a condição de titular *exclusivo* da ação, o particular manterá a iniciativa para a interposição de recurso contra decisões desfavoráveis dos interesses da acusação. É de se notar, ainda, que, nesse caso, nada impede também a interposição de recurso do Ministério Público, cuja delimitação temática, como dissemos, não se encontra igualmente subordinada à atuação do particular.

Mas é importante ressaltar que tais poderes do Ministério Público não chegam ao ponto de poder ele, com a nova imputação (denúncia), *reduzir* o campo temático já inaugurado com a queixa. Se é verdade que ele pode *ampliar* esse campo, não menos verdadeira, dada a natureza pública da ação, é a conclusão no sentido de que não poderá ele *ignorar* ou *afastar* a imputação já feita pelo particular. O que a denúncia poderá validamente fazer é narrar o *mesmo fato* com novas circunstâncias – ou de maneira diferente, quanto às consequências –, bem como dar a ele nova definição jurídica, ou, como já afirmado, fazer novas imputações aos mesmos e/ou a outros réus.

E por que o Ministério Público não poderia, uma vez oferecida a queixa subsidiária, *repudiá-la* e requerer o arquivamento do inquérito?

Ocorre que a Constituição da República institui, *como garantia fundamental*, o oferecimento da ação penal privada subsidiária, conforme o disposto no seu art. 5º, LIX. Com isso, o que ali se previu foi verdadeiro *direito de ação* – e ação *constitucional* – ao particular, como instrumento de controle da atuação estatal do Ministério Público. Não se trata de direito de *provocação* do *dormitus litis* (o trocadilho refere-se à inércia do *parquet*), para que este *acorde* e manifeste-se sobre

a matéria. Não. Trata-se de direito *de ação*, isto é, direito de submeter o caso penal *à jurisdição*, a quem compete dizer de sua pertinência, viabilidade ou procedência. Se a norma que defere a titularidade da ação penal ao Ministério Público é de natureza constitucional, não menos verdadeira é a conclusão no sentido de que, mesmo ali (art. 129, I, CF), ressalva-se a possibilidade de disposição legal restritiva da aludida privatividade. É de se ver: "*I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*." E mais. Pode a lei, como visto, prever ações penais que não sejam *públicas*, ou, que sejam públicas, mas sob o controle do particular, como é o caso da ação penal subsidiária. Sobre o tema, de modo mais extenso e completo, remetemos o leitor ao nosso *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais* (Editora Atlas, 2012).

Podem, então, instaurar a ação privada subsidiária da pública, uma vez constatada a inércia do Ministério Público, o ofendido, ou seu representante legal, em caso de menoridade e incapacidade, e, na hipótese de sua morte ou ausência judicialmente reconhecida, as pessoas mencionadas no art. 31 do CPP (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão).

O prazo para o ingresso em juízo, como vimos, é contado a partir do esgotamento do prazo do Ministério Público – ou seja, como regra, 15 dias, estando o acusado solto, e cinco dias, no caso de ele se encontrar preso –, devendo ser lembrado que há prazos distintos previstos em legislação especial, o que será objeto de abordagem mais adiante, por ocasião do exame da denúncia e da queixa.

Relembre-se: o prazo a que ora nos referimos é o prazo de início do exercício da ação subsidiária da pública. Naturalmente, vencido o prazo do Ministério Público, passa a correr, também, o prazo *decadencial* para a propositura da aludida iniciativa do particular. Se o Código se refere à *queixa* e, também, a uma ação *privada subsidiária da pública*, nada mais natural que se imponha, do mesmo modo, o prazo decadencial das ações privadas. No entanto, permanecemos onde estávamos: a ação é *essencialmente* pública, submetendo-se ao princípio da obrigatoriedade, desde que ajuizada pelo particular.

Há também previsão legal (art. 80, Lei nº 8.078/90) de legitimação para as

associações constituídas há mais de um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos do consumidor, bem como das entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, quando se tratar de crimes praticados contra o consumidor, desde que previstos na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

5.10 Denúncia e queixa

Segundo o disposto no art. 41 do CPP, a denúncia ou queixa "*conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas*".

As exigências relativas à "exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias" atendem à necessidade de se permitir, desde logo, o exercício da ampla defesa. Conhecendo com precisão todos os limites da imputação, poderá o acusado a ela se contrapor o mais amplamente possível, desde, então, a delimitação *temática* da peça acusatória, em que se irá fixar o conteúdo da questão penal.

Todavia, de outro lado, a correta delimitação temática, ou imputação do fato, presta-se, também, a viabilizar a própria aplicação da lei penal, na medida em que permite ao órgão jurisdicional dar ao fato narrado na acusação a justa e adequada correspondência normativa, isto é, valendo-nos de linguagem *chiovendiana*, dizer a vontade concreta da lei (subsunção do fato imputado à norma penal prevista no ordenamento).

5.10.1 Crimes coletivos e individualização da conduta

Na hipótese de crimes praticados por mais de um agente, o membro do Ministério Público ou o querelante deverão atentar para a necessidade de se individualizar o máximo possível as ações atribuídas aos acusados, quando não for o caso de conduta

realizada de modo uniforme por todos.

Assim, quando se cuidar de imputação de *autoria* e também de *participação*, distinguindo-se uma e outra modalidade pelo critério formal-objetivo, segundo o qual "somente o autor realiza a conduta típica. A atividade do partícipe não é típica em si mesma" (RAMOS, 1996, p. 62), é preciso que a peça acusatória delimite, con precisão, quais seriam as ações praticadas pelos autores e aquelas realizadas pelos partícipes. É importante lembrar, no ponto, que na participação – adotando-se qualquer teoria que pretenda conceituá-la – a conduta é diversa dos atos de execução do fato criminoso. Por isso, quando não houver a correta delimitação da modalidade de contribuição para a prática do fato (autoria ou participação), ao juiz outra solução não restará senão a absolvição do partícipe, bastando que se comprove não ter ele realizado atos de execução, mas, sim, e por exemplo, de direção da atividade criminosa.

É claro, também, que, mesmo tratando-se de autoria, a própria execução da empreitada delituosa pode comportar diversas ações distintas, embora todas elas componham o núcleo da conduta principal, final. Assim, na hipótese de roubo a uma instituição bancária, por exemplo, será também autor do fato a pessoa que, embora não adentrando no estabelecimento para a subtração do dinheiro, esteja prévia e estrategicamente aguardando os demais para a fuga do local do crime. Se a peça acusatória, então, imputar a todos os agentes a ação de ter ingressado no recinto e dali subtraído certa quantia em dinheiro, mediante violência, corre-se o risco da absolvição daquele autor que, embora não tenha assim atuado, realizou também atos de execução diversos dos demais, mas compreendidos no núcleo da atividade criminosa (fuga eficiente).

O que deve ser observado, pois, é a exigência de individualização da conduta, até mesmo porque, segundo o disposto no art. 29 do CP, os autores e partícipes incidem nas penas cominadas ao crime na exata medida das respectivas culpabilidades.

5.10.2 Acusação genérica e acusação geral

Não é incomum, sobretudo no âmbito da jurisprudência dos Tribunais – Superiores e de segunda instância – encontrarem-se decisões rejeitando a denúncia nos crimes societários, isto é, nos crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90), financeira (Lei nº 7.492/86) ou previdenciária (incluídos na Parte Especial do Código Penal por força da Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000), por inépcia da inicial, em razão de suposta imputação *genérica*.

É preciso, porém, distinguir o que vem a ser acusação *genérica* e acusação *geral*.

Como já visto, a correta delimitação das condutas, além de permitir a mais adequada classificação (tipificação) do fato, no que a exigência neste sentido estaria tutelando a própria efetividade do processo, presta-se também a ampliar o campo em que se exercerá a atividade de defesa, inserindo-se, portanto, como regra atinente ao princípio da ampla defesa.

Ocorre, entretanto, que quando o órgão da acusação imputa a todos, indistintamente, o mesmo fato delituoso, independentemente das funções exercidas por eles na empresa ou sociedade (e, assim, do poder de gerenciamento ou de decisão sobre a matéria), a hipótese não será nunca de inépcia da inicial, desde que seja certo e induvidoso o fato a eles atribuídos. A questão relativa à efetiva comprovação de eles terem agido da mesma maneira é, como logo se percebe, matéria de prova, e não pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.

Com efeito, quando se diz que todos os sócios da determinada sociedade, no exercício da sua gerência e administração, com poderes de mando e decisão, em data certa, teriam deixado de recolher, "*no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros*" (atual art. 168-A, CP), está perfeitamente delimitado o objeto da questão penal, bem como a respectiva autoria. Não há, em tais situações, qualquer dificuldade para o exercício da defesa ou para a correta capitulação do fato imputado aos agentes.

A hipótese não seria de acusação *genérica*, mas *geral*. Acaso seja provado que um ou outro jamais teriam exercido qualquer função de gerência ou administração na sociedade, ou que cumpriam função sem qualquer poder decisório, a solução será de

absolvição, mas nunca de inépcia. É nesse sentido a decisão da Suprema Corte, no julgamento do HC nº 85.579/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, 24.5.2005 (*Informativo STF* nº 389, 1.6.2005). E, mais: STF – HC nº 97.675/SP, Rel. Min. Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 10.11.2009.

Questão diversa poderá ocorrer quando a acusação, depois de narrar a existência de vários fatos típicos, ou mesmo de várias condutas que contribuem ou estão abrangidas pelo núcleo de um único tipo penal, imputá-las, *genericamente*, a todos os integrantes da sociedade, sem que se possa saber, efetivamente, quem teria agido de tal ou qual maneira. Nesse caso, e porque na própria peça acusatória estaria declinada a existência de várias condutas diferentes na realização do crime (ou crimes), praticadas por vários agentes, sem especificação da correspondência concreta entre uma (conduta) e outro (agente), seria possível constatar a dificuldade tanto para o exercício amplo da defesa quanto para a individualização das penas. A hipótese seria de inépcia da inicial, por ausência de especificação da medida da autoria ou participação, por incerteza quanto à realização dos fatos.

O que deve ser observado, pois – e insistimos nisso –, é o preenchimento, pela peça acusatória, das exigências relativas à tutela da efetividade do processo (correta classificação do fato, pelo juiz) e da ampla defesa.

Somente sob tal perspectiva explica-se a orientação jurisprudencial no sentido de que, tratando-se de crimes de autoria coletiva, é admitida uma imputação geral aos acusados, reservando-se à fase instrutória a delimitação precisa de cada uma delas (HC nº 22.265/BA, STJ, *DJ*, I, 17.2.2003).

5.10.3 Aditamento

O aditamento da peça acusatória pode ocorrer tanto para fins de inclusão de coautores ou partícipes quanto para a inclusão de fatos *novos*.

No que se refere às ações penais públicas, nenhuma dificuldade, já que, enquanto não prescrito o crime, a denúncia poderá ser aditada, devendo apenas ser observada a questão relativa à conveniência procedimental do aditamento, já que este, seja para a

inclusão de fatos novos (de ação pública), seja de outros réus, poderá ensejar, via de regra, a reabertura de fase instrutória já em curso ou encerrada. Assim, embora perfeitamente possível o aditamento, é preciso que seja ele também oportuno e conveniente.

É preciso, aqui, fazer uma importante distinção: uma coisa é o aditamento da peça acusatória antes da fase de sentença, isto é, antes do encerramento da fase instrutória. Dissemos que ele (aditamento) será possível, devendo-se observar a utilidade da medida, já que ela poderá implicar a reabertura da ação, tudo a depender da matéria tratada no aditamento.

Coisa diferente, mas que também implica o aditamento, diz respeito à *mutatio libelli* prevista no art. 384, do CPP. Ali, o aditamento a ser feito pelo Ministério Público, em ação penal pública, decorrerá da constatação da presença de elementos ou circunstâncias não contidas na acusação e que modificam os fatos imputados ao acusado. A alteração não será unicamente da questão de direito (capitulação legal dos fatos), como ocorre na *emendatio libelli* (art. 383, CPP), mas do próprio fato ou fatos, mantendo-se, porém, o núcleo essencial da conduta. Nessa modalidade de aditamento (art. 384, CPP), o próprio CPP já prevê as providências a serem adotadas (§§ 2º, 3º e 4º), não havendo necessidade de reinício da ação. Já o veremos em detalhes, ao exame dos atos judiciais (13.2.3.3).

No que se refere à queixa, porém, a questão assume contornos mais complexos, no que respeita especificamente à inclusão de coautores ou partícipes, diante da possibilidade da existência de renúncia tácita, anterior, em relação a eles.

Como já mencionamos, prevalece, em sede doutrinária e jurisprudencial, a impossibilidade de o Ministério Público poder aditar a queixa para fins de nela incluir coautor ou partícipe não apontado pelo querelante. Sustenta-se que faltaria a ele legitimidade ativa.

Também já apontamos o equívoco de tal posicionamento, que terminaria por deferir ou à autoridade policial ou ao próprio querelante o juízo de valoração jurídico-penal acerca da delituosidade do fato submetido à jurisdição penal. A nosso aviso, como visto, a norma legal (art. 48, CPP) que atribui ao Ministério Público a

função e o poder de velar pela indivisibilidade da ação privada (que convive, em plena harmonia, com aquela do art. 45, CPP, que confere ao *parquet* a função de *custos legis* na ação privada) dá a ele não a legitimação ativa, mas o poder de zelar pela efetiva responsabilização penal de todos os autores do fato criminoso, e não apenas daqueles que, aos olhos do querelante ou da autoridade policial, apresentem-se como tais.

No ponto, remetemos o leitor ao exame do tópico atinente à *indivisibilidade* da ação privada, 5.7.3 *retro*.

Observe-se, ainda, que o prazo decadencial para o exercício da ação privada somente tem início na data em que o ofendido ou legitimado vem a saber quem é o autor do fato. Por isso, se a autoria somente é revelada na fase de ação já em curso, não haveria qualquer impedimento ao aditamento da queixa para a inclusão do coautor ou partícipe, se no prazo.

No que se refere ao aditamento para inclusão de fatos novos, não há impedimento algum para tal, desde que se trate de fato cuja persecução deva ser feita por meio de ação privada e desde que não tenha operado, em relação a ele, a decadência do direito de ação.

Por fim, é de se anotar que a queixa poderá ser aditada pelo Ministério Público, no prazo de três dias (art. 46, § 2º, CPP), conforme prevê expressamente o art. 45 do CPP, para fins de inclusão de dados *não essenciais*, mas importantes, para o julgamento da causa, tal como ocorre, por exemplo, com o esclarecimento acerca de eventuais omissões relativas à data precisa do fato, correta identificação do querelado e de alguma outra circunstância eventualmente relevante. O que é expressamente vedado ao Ministério Público é o aditamento da queixa para inclusão de fatos novos, cuja persecução somente seja possível via ação privada. Aí, sim, faltaria a ele *legitimidade ativa*.

Como já vimos, tratando-se de ação penal privada subsidiária da pública (que, na realidade, tem natureza pública), o Ministério Público tem ampla margem para o aditamento, podendo incluir tanto fatos novos quanto novos autores e partícipes, valendo, aqui, as mesmas observações acerca da conveniência do aditamento: embora

possível, ele pode se revelar *inconveniente*, uma vez que poderá – em regra – reabrir toda a fase de instrução criminal. Dependendo, pois, da situação concreta, isto é, da época em que se dará o aditamento, o mais conveniente poderá ser a instauração de nova ação penal, tal como ocorre em relação à ação penal pública.

5.10.4 Litisconsórcio

Não há vedação a que se instaure litisconsórcio ativo entre o Ministério Público e o querelante, devendo, porém, cada um oferecer a respectiva peça de acusação, isto é, manifestar a correspondente iniciativa penal. A formação do litisconsórcio poderá resultar também da aplicação das regras processuais relativas à conexão e à continência, conforme art. 79 do CPP, em relação a ações penais já instauradas e em curso, ou mesmo, em tese, por meio do ingresso conjunto da acusação.

Em ambas as situações, será preciso a comprovação de *conexão* ou *continência* entre os fatos (de ação pública e de ação privada), a determinar a unidade de processo e julgamento (art. 79, CPP), desde que não esteja qualquer um deles, quando já em curso, com sentença definitiva, ainda que não transitada em julgado. Havendo divergência de rito, deve se adotar aquele que favoreça ao exercício da ampla defesa. Ou, se houver risco de tumulto processual, deve adotar a *unidade de juízo* e não a de *processo*, de maneira que estes (os processos) tramitem perante o mesmo juízo, ainda que separadamente.

A matéria relativa à conexão e à continência será tratada mais adiante, no capítulo referente à *competência* (itens 7.8.2 e 7.8.3).

5.10.5 Prazo

Em regra, o prazo para o oferecimento da denúncia ou queixa é de 15 dias, estando solto o acusado, ou de 5 dias, quando se tratar de réu preso (art. 46, CPP). Atente-se, ainda, para o disposto no art. 530, CPP, que prevê o prazo de 8 (oito) dias para o oferecimento de denúncia, em caso de réu preso, nos crimes contra a propriedade imaterial, se houver prisão em flagrante.

O prazo é de natureza processual, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o do seu término. Começa a correr da data em que o órgão da acusação recebe os autos do inquérito ou peças de informação devidamente concluídos, lembrando que, estando o réu preso, o prazo de conclusão das investigações é, *em regra* (há exceções, como já vimos), de dez dias (Justiça Estadual); de 15 dias prorrogáveis (Justiça Federal – Le nº 5.010/66). Tratando-se de réu solto, se, no prazo legal, entender o órgão do Ministério Público ser necessária a adoção de novas diligências, o novo prazo somente terá início na data em que os autos retornarem com as investigações concluídas.

Entretanto, tratando-se de réu preso, o prazo para o oferecimento da denúncia não poderá, em regra, ser prorrogado por meio de requerimentos de novas diligências, como ocorre quando se cuida de réu solto. E assim é porque a estipulação de prazos feita na lei constitui garantia individual de quem ainda não tenha sido condenado por sentença passada em julgado.

A superação de tal prazo somente poderá ocorrer em casos excepcionais, diante da especial gravidade do delito e da complexidade das investigações, sobretudo no que respeita à correta individualização da autoria e das respectivas condutas. Conforme se verá mais adiante (item 11.7.3), a admissibilidade da apontada superação do prazo buscaria fundamento na possibilidade, abstrata, de se cumprir o prazo jurisprudencial de 86 dias de prisão cautelar, pela atuação mais célere por parte dos órgãos estatais no encerramento da instrução criminal (sobre o encerramento da instrução, ver Súmula 52, STJ). Sustenta-se, então, que a contagem do referido prazo (de 81 - atualmente 86 dias) deveria ser feita *globalmente*, e não *parcialmente* (isto é, contando-se prazo a prazo, para cada diligência). Já veremos que referido prazo terá que ser *reconstruído* pela jurisprudência e pela doutrina, em razão das profundas alterações de ritos trazidas com a Lei nº 11.719/08.

De nossa parte, acreditamos que esse entendimento (superação do prazo) é aceitável, desde que, como rígida exceção, sempre pela via do juízo de proporcionalidade e de adequabilidade, que deve orientar a tarefa hermenêutica de toda construção do Direito. Mais sobre o tema no item 11.7.3.

A Lei nº 11.343, de agosto de 2006, prevê o prazo de dez dias para o oferecimento da denúncia, estando preso ou solto o acusado (art. 54, III) nos crimes de tráfico de drogas. O citado dispositivo, desnecessariamente é bem de ver, repete que o Ministério Público poderá também, em igual prazo, *requerer o arquivamento* (I) ou *requisitar diligências que julgar necessárias* (II).

5.10.6 Capitulação

Embora se saiba que o acusado se defende dos fatos, e não da classificação que faz dele o órgão da acusação, o Código de Processo Penal inclui entre os requisitos da denúncia ou queixa a classificação do crime, isto é, a menção feita ao tipo penal em que o fato se enquadraria (art. 41, CPP).

A exigência visa atender a duas ordens distintas de interesses. A primeira é relativa à afirmação inicial da competência jurisdicional, isto é, diante das regras de distribuição de competência constantes da Constituição Federal e das leis de organização judiciária, em que são fixadas varas especializadas para o julgamento de determinadas infrações penais (trânsito, tóxicos, crimes dolosos contra a vida etc.), a tipificação inicial demarcaria o juízo competente para a apreciação da matéria. Obviamente, a definição final acerca da competência e mesmo da correta capitulação pertence ao órgão julgador. Por isso, referimo-nos à afirmação *inicial* da competência apenas para fins de distribuição.

A segunda razão da exigência se localizaria no âmbito da ampla defesa, vedando, de um lado, acusações não lastreadas em convencimento explícito quanto ao direito a ser aplicado, na ausência de capitulação, e, de outro, permitindo ao acusado, desde logo, o conhecimento, o mais completo possível, da pretensão punitiva contra ele instaurada (ainda que inadequada ou incorreta a capitulação).

Seja como for, o equívoco, e não a ausência, na capitulação ou tipificação, não é causa de inépcia da denúncia ou queixa, precisamente em razão de a lei prever a possibilidade da *emendatio libelli*, ou seja, a correção e adequação da classificação do crime a ser feita pelo juiz da causa, no momento da sentença (art. 383, *caput*, CPP:

"*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*"). Mais diremos sobre o tema, no espaço adequado (item 13.2.3.2).

A *ausência* de qualquer capitulação dos fatos, todavia, pode justificar a sua rejeição, por inépcia (art. 395, I, CPP). Não pela impossibilidade de sua correção, ao longo do processo, mas por violação ao princípio da ampla defesa, na medida em que não se pode exigir que o defensor técnico especule sobre *todas as possibilidades* de enquadramento do fato, para afastar a imputação. Evidentemente, haverá exceções. Mas, repita-se: exceções (exemplo: o homicídio doloso – art. 121 – na sua forma simples).

Por isso, pensamos que a ausência de capitulação da incidência dos acréscimos resultantes do concurso de crimes (arts. 69, 70 e 71, todos do CP) poderá, em princípio, justificar a rejeição da denúncia ou da queixa, pelas razões que já declinamos (afinal, qual regra de concurso seria aplicada?). Evidentemente, se na narrativa do fato, com suas circunstâncias, se esclarecer que as ações teriam sido praticadas na situação, por exemplo, do art. 71 (aproveitando-se o agente das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução), faltando apenas a referência ao art. 71, CP, não se poderá falar em inépcia e nem em prejuízo à atividade defensiva. Não por outra razão se exige a participação de *defensor técnico* – advogado regularmente habilitado – em todas as fases do processo.

5.10.7 Rejeição

Nos termos do art. 395 do CPP, a denúncia ou queixa será rejeitada quando "*for manifestamente inepta* (I), *faltar pressuposto processual ou condição para o efetivo exercício da ação penal* (II), ou *faltar justa causa para o exercício da ação penal* (III)".

Em boa hora a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, veio corrigir um antigo defeito de origem de nossa legislação processual penal, que, no revogado Código de

Processo Penal, misturava, indevidamente, questões processuais com questões de mérito, ao tratar de causas extintivas da punibilidade e de atipicidade (mérito), no mesmo espaço que as condições da ação (processuais). Nada obstante, a decisão judicial que as reconhecia, tanto a presença de causa extintiva da punibilidade ou da atipicidade do fato, ostentava eficácia preclusiva típica de coisa julgada material, uma vez que impedia a reabertura da discussão não só naquele processo, mas em qualquer outro. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal: HC nº 80.560 - *Informativo STF* nº 218 e HC nº 66.625/SP (*RTJ* 127, p. 193).

Atualmente não há mais qualquer razão para divergências. O atual art. 397 do CPP, com a redação dada pela citada Lei nº 11.719/08, reconduziu ambas as situações ao plano do mérito da ação penal, prevendo a sentença de *absolvição sumária*, quando o fato *narrado não constituir crime (III), estiver extinta a punibilidade (IV)*, e, ainda, estiver presente *causa excludente da ilicitude (I) e causa excludente da culpabilidade, salvo inimputabilidade (II)*.

E com a revogação também do art. 581, VI, do CPP, pelo art. 4º, da Lei nº 11.689/08, acabando com a possibilidade de recurso em sentido estrito da decisão de absolvição sumária no júri, pensamos que o recurso contra tal modalidade de decisão – aquelas do art. 397, CPP – deverá seguir o mesmo caminho, ou seja, desafiando recurso de apelação, nos termos do disposto no art. 416, CPP, com a redação dada pela mesma Lei (nº 11.698/08). Embora a aludida disposição se encontre situada no procedimento do Tribunal do Júri, a modalidade de decisão judicial é a mesma (absolvição sumária) em um e outro caso, devendo receber o mesmo tratamento recursal.

Valem aqui todas as observações que dissemos em relação aos requisitos da denúncia ou queixa, na medida em que, por inépcia da peça acusatória, se deve entender justamente a não satisfação das exigências legais apontadas no art. 41 do CPP. Inepta é a acusação que diminui o exercício da ampla defesa, seja pela insuficiência na descrição dos fatos, seja pela ausência de identificação precisa de seus autores. Equívocos na tipificação não inviabilizam a apreciação da causa penal, como já aqui mencionamos, exatamente pelo fato de não turbarem o exercício da

ampla defesa. O prejuízo, porém, haverá de ser aferido pelo exame cuidadoso de cada situação concreta, de modo a se poder apontar a deficiência ou até a impossibilidade da atuação defensiva, se e quando decorrente da fragilidade da peça acusatória. Tal ocorrerá, sobretudo, e como dissemos, em relação à narração dos *fatos* imputados ao(s) acusado(s).

Quanto à rejeição da denúncia por ilegitimidade de parte ou pela ausência de qualquer outra condição exigida pela lei (as chamadas condições de procedibilidade), impende ressaltar que, ainda que equivocadamente recebida a peça acusatória, poderá o juiz posteriormente extinguir o processo sem o julgamento do mérito, na forma do disposto no art. 485, IV, do CPC/2015, perfeitamente aplicável à espécie, por analogia.

Mesmo que assim não seja, ou que assim não se admita, haveria ainda uma outra solução válida, mas que implica a escolha de um caminho muito mais longo, do ponto de vista lógico, cuja consequência prática será a mesma: restaria ao juiz, valendo-se do disposto no art. 564, II, do CPP, *anular* todos os atos até então praticados, incluindo o ato judicial de recebimento da denúncia, para, feito isso, rejeitá-la por *ilegitimidade de parte*. E mais. Poderia agir do mesmo modo em relação a quaisquer outras condições da ação e/ ou pressuposto de existência do processo, valendo-se, para tanto, da aplicação analógica do art. 564, II, e III, *e*, CPP.

Outra questão relevantíssima sobre o tema diz respeito ao chamado *controle judicial do recebimento da denúncia*. Embora a classificação dada ao fato na denúncia ou queixa não implique a vinculação do juiz a ela, casos ocorrerão em que, da simples narrativa da imputação, poder-se-á perceber o erro na classificação, daí resultando alterações significativas no processo. Nos casos, por exemplo, em que é vedada (de modo inconstitucional, como veremos) a aplicação de liberdade provisória, com ou sem fiança, nada impede o juiz de, *provisoriamente*, alterar a tipificação dada, para ampliar a tutela de direito fundamental (a liberdade).

Outro exemplo: narrado fato que se procede mediante queixa, a capitulação equivocada, como se crime de ação pública fosse, poderá conduzir à ilegitimidade de parte, devendo o juiz, desde logo, adequar o fato *narrado* às consequências de

direito, para o fim de rejeitar a inicial *por ilegitimidade ativa*.

No caso de rejeição da peça acusatória, tendo sido interposto recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP), deve-se intimar o réu para a apresentação de contrarrazões ao recurso, conforme jurisprudência sumulada na Suprema Corte (Súmula 707: "*Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo*").

Não resta dúvida de que a providência é mesmo salutar, inserindo-se no contexto da ampla defesa. Observaríamos, todavia, que, inexistindo ainda a *citação* do acusado, a sua *intimação* pode parecer no mínimo inadequada. Mas pode-se explicar a opção pela aludida providência (intimação, e não citação) exatamente pelo fato de que, em processo penal, a citação do réu é prevista para o recebimento da inicial (art. 396, CPP). Assim, e como a intimação é o meio pelo qual ocorre *conhecimento ao acusado* acerca da existência e da prática de qualquer ato do processo (art. 370, CPP), não há por que endereçar mais objeções à referida opção.

5.10.8 Omissões

Nos termos do disposto no art. 569 do CPP, as omissões da denúncia, queixa ou da representação poderão ser supridas a qualquer tempo, antes da sentença final.

Por omissões, devem-se entender aqueles dados não essenciais não constantes na denúncia ou queixa, passíveis apenas de esclarecimentos quanto à matéria de fato e de direito, e desde que não impliquem a modificação da imputação, o que ocorreria, por exemplo, se se permitisse a inclusão de fatos e coautores e partícipes novos, somente possível por meio do aditamento, após o ajuizamento da ação, ou, como veremos, por meio de *mutatio libelli*, providência equivalente ao aditamento prevista no art. 384 do CPP, somente cabível no âmbito das ações penais públicas, e a ser adotada pelo Ministério Público, após o encerramento da fase instrutória, conforme os termos trazidos pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

Em relação à ação pública condicionada à representação, releva notar que a

jurisprudência dos tribunais vem admitindo o aproveitamento da ação penal já instaurada, ainda que mediante representação oferecida por quem não tinha tal capacidade, desde que a *ratificação* dela seja feita por quem a tenha antes da decisão final. Como logo se percebe, a solução não é das melhores, mas, levando-se em consideração o fato de já ter sido divulgada a existência do crime e, ainda, a intenção posteriormente manifestada de sua punibilidade (pela aludida ratificação), parece-nos compreensível semelhante orientação jurisprudencial.

É exemplo também de suprimento tempestivo de omissão – se antes da decisão final – a retificação de eventuais equívocos constantes do mandato outorgado ao advogado para o exercício de queixa ou de representação.

5.11 Extinção da punibilidade

A doutrina processual penal costuma dedicar capítulo específico às causas extintivas da punibilidade, matéria que nos parece mais adequada ao foro do Direito Penal.

No que respeita aos seus reflexos na órbita do Direito Processual Penal, registre-se o fato de poder o juiz, em qualquer fase do processo, reconhecer presente causa extintiva da punibilidade (art. 61, CPP), podendo fazê-lo de ofício, ou mediante provocação do Ministério Público, do querelante ou do réu. Nesta última hipótese (por iniciativa dos interessados), o procedimento será autuado em apartado, ouvindo-se a parte contrária e permitindo-se, se conveniente, a produção de provas no prazo de cinco dias, seguida de decisão em igual prazo (art. 61, parágrafo único, CPP).

Cuidando-se de hipótese de extinção da punibilidade pela morte do agente, somente à vista da certidão de óbito, e depois da oitiva do Ministério Público, é que se poderá declarar extinta a punibilidade (art. 62, CPP).

Em todas essas situações, porém, se já ajuizada a ação, isto é, se já em curso o *processo*, a decisão relativa à extinção da punibilidade será de absolvição sumária, nos termos do art. 397, IV, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08.

Os casos previstos para a extinção da punibilidade, que implicam a perda

superveniente da pretensão punitiva, fundados em razões exclusivamente de política criminal, vêm, em regra, arrolados no art. 107 (prescrição, decadência, perempção, renúncia, perdão, morte do agente etc.) do Código Penal e também na legislação não codificada.

Outros exemplos encontram-se no atual art. 168-A, § 2º, do CP, que prevê a extinção da punibilidade pelo pagamento espontâneo da contribuição devida à Previdência Social, se realizado antes do início da ação fiscal, e no art. 34 da Lei nº 9.249/95, que prevê a extinção da punibilidade dos crimes capitulados na Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária) pelo pagamento integral do tributo devido, quando feito antes do recebimento da denúncia.

É o que ocorre também em relação ao delito previsto no art. 337-A, § 1º, do CP, cuja extinção da punibilidade ocorrerá independentemente do pagamento do crédito previdenciário, a tanto bastando a *declaração e a confissão* do débito, bem como as informações devidas à Previdência, *desde que feitas antes do início da ação fiscal*.

Em relação a estes crimes previdenciários e contra a ordem tributária, releva notar, como já o afirmamos, que a Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, prevê a suspensão da própria *pretensão punitiva*, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente de tais delitos estiver incluída no Programa de Recuperação Fiscal (Refis), e desde que a inclusão tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia.

Como já visto (item 4.1.4), a Lei nº 10.684/03 estendeu a *suspensão* da pretensão punitiva para todo débito que se encontrar em qualquer regime de parcelamento (não só o Refis) e que se refira aos delitos capitulados nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, e arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, durante o período que durar o referido parcelamento. Ao seu final, quitados o principal e os acessórios do débito, estará extinta a punibilidade (art. 9º, Lei nº 10.684/03). Enquanto estiver suspensa a pretensão punitiva, não correrá o prazo prescricional (art. 9º, § 1º). A aludida legislação veio a ser confirmada e consolidada, enquanto política fiscal e punitiva, pela Lei nº 11.941/09 (ver, no ponto, arts. 68 e 69).

A Primeira Turma do STF (e não o seu Plenário!) estendeu a extinção da

punibilidade pelo pagamento aos crimes de descaminho (art. 334, CP), afirmando a natureza tributária de tais delitos (STF – HC 85.942/SP, Rel. Min. Luiz Fux). Um curiosidade: nos crimes de descaminho, o *perdimento dos bens* dispensa a constituição do crédito tributário!

Mesmo sem nos aprofundarmos no tema, mais contextualizado no campo do Direito Penal, a apontada legislação deixa antever o baixo juízo de reprovabilidade que atingiria tais condutas, com a agravante de dar tratamento equivalente a situações inteiramente diferentes, reunindo, em uma mesma solução, pequenos devedores (infrações penais de pequena monta, em geral decorrentes de dificuldades econômicas da empresa) e grandes sonegadores, quando o bem jurídico é mais duramente atingido e significativamente maior o proveito econômico obtido com a fraude.

Por fim, relembre-se da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90), nas hipóteses de acordo de *leniência*, nos termos do art. 87 da Lei nº 12.529/11.

Noutro giro, em 2020 o STJ julgou que o inadimplemento da multa obsta a extinção da punibilidade do agente, mesmo que a pena privativa de liberdade já tenha sido cumprida, tendo em vista que a multa possui caráter de pena. A tese, que não nos convence, é consequência do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.150/DF (Rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso), que determino a legitimidade do Ministério Público para a execução das multas, restando subsidiária a atuação da Fazenda Pública.

O art. 51 do Código Penal já expressava, desde a alteração da Lei 9.268/1996, que a multa deve ser considerada dívida de valor, o que se mantém mesmo com a atual redação do dispositivo (modificado pela Lei 13.964/19). Da mesma forma, aquela norma alterou a Lei de Execuções Penais para extinguir a possibilidade de conversão de pena de multa em pena privativa de liberdade. A Suprema Corte defendeu que a pró-pria Constituição enumera a multa como uma espécie de pena, motivo pelo qual o legislador não poderia alterar sua natureza através de lei ordinária. Não obstante a correção da tese, no ponto, é de se lembrar que o legislador, através de leis ordinárias, criou diversas hipóteses de extinção de punibilidade da pena, e por razões

de política criminal (art. 107 do Código Penal). Ou seja, admite-se que o legislador tenha certa liberdade para definir a conveniência e necessidade da aplicação de pena.

Assim, a nosso aviso, ao dizer que as multas devem ser consideradas "dívida de valor", a norma deixa claro que este tipo de sanção possui, de certa forma, um caráter acessório, e que, por motivos de política criminal, a multa deveria ser cobrada sob outro rito, mais adequado ao procedimento de cobranças deste tipo. Assim, entender que a multa obstaria a extinção da punibilidade nos soa equivocado, justamente pelo caráter acessório que o legislador evidentemente quis impor a esta modalidade de sanção. Seja como for, é esta a atual compreensão do Superior Tribunal de Justiça e, ao que tudo indica, também a do Supremo Tribunal Federal.

A partir da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, não mais haverá a rejeição da denúncia em razão de causa extintiva da punibilidade. Em tais situações, e segundo o disposto no art. 397, IV, CPP, o juiz deverá *absolver sumariamente* o acusado. Ressalve-se, por certo, os casos de arquivamento de inquérito: aqui, não havendo imputação, não há que se falar em absolvição.

A mudança atende às exigências técnicas do processo, dado que a extinção da punibilidade é, de fato, matéria relativa ao mérito da ação (autoria, materialidade, ser o fato criminoso e punível). E mais. Favorecerá imensamente o réu que tiver sido condenado em primeira instância e não puder ter apreciado o mérito de seu recurso no Tribunal, em razão da superveniência de causa extintiva da punibilidade. Nessas situações, a condenação, embora extinta, sempre deixa uma nódoa na reputação do réu.

Nesse sentido, portanto, a exigência de absolvição sumária, ainda que inadequada sob o aspecto do julgamento em si do fato, pode ser bem recebida. E o recurso contra a decisão, então, haverá que ser o de apelação, nos termos do art. 416, do CPP.

CAPÍTULO 6

Ação Civil *Ex Delicto*

6.1 Generalidades

No que diz respeito ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, a lesão causada pelo crime tanto pode atingir, diretamente, a coletividade do corpo social sem a completa particularização ou personificação da vítima, tal como ocorre com o tráfico de drogas, por exemplo, como pode também afetar mais intensamente o patrimônio (moral e econômico) de determinada pessoa.

Na segunda hipótese, tais condutas darão ensejo a intervenções judiciais distintas da resposta penal, diante da diversidade e pluralidade de graus de ilicitude que as acompanham. Nessas situações, quando a repercussão da infração houver de atingir também o campo da *responsabilidade civil*, terá lugar a chamada ação civil *ex delicto*, que outra coisa não é senão o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime.

Há vários e diferentes sistemas processuais regulamentando a matéria, ora permitindo o ajuizamento simultâneo dos pedidos (penal e cível) em um só juízo (normalmente o penal), ora prevendo a separação entre as instâncias, com maior ou menor grau de independência entre elas. Entende-se por *independência* entre o juízo penal e o juízo cível a possibilidade de obtenção de decisões judiciais diversas sobre

um mesmo e único fato, o que somente pode ser admitido, ao menos em termos absolutos, em um sistema de separação total de instâncias.

No Brasil, adota-se o sistema da independência relativa ou mitigada, em razão da existência de uma subordinação temática de uma instância a outra, especificamente em relação a determinadas questões, conforme desenvolveremos a seguir.

Note-se, contudo, que a Lei nº 11.719/08 alterou o disposto no art. 387, CPP, renumerando o inciso IV, para nele incluir o dever de o juiz, na sentença condenatória, fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Assim, e consoante os termos do previsto no art. 63, parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, a vítima ou legitimados arrolados no *caput* do mesmo dispositivo (art. 63, CPP) poderão executar, desde logo, no Juízo Cível, a parcela mínima reparatória constante do art. 387, IV, CPP, sem prejuízo de prosseguir na apuração do montante efetivamente devido (o debate a respeito da possibilidade de se fixar um valor mínimo a título de danos *morais* será feito mais adiante, no item 13.2.3.4, "c").

Observe-se, então, que a via judicial escolhida poderá ser a *executória*, caso da execução da sentença penal condenatória, consoante o disposto no art. 515, VI, do CPC/2015 (título executivo judicial, cuja certeza deriva do disposto no art. 91, I, CP) e no parágrafo único do art. 63, CPP, relativamente à parcela mínima para reparação dos danos sofridos pela vítima, ou por meio de *processo de conhecimento*, devendo ser encaminhados ambos os pedidos (de execução ou de condenação civil) ao juízo cível, conforme previsto no art. 63 do CPP.

Nas duas situações, estaremos diante da ação civil fundada no delito (*ex delicto*), submetida, em um e outro caso, às regras de subordinação temática, isto é, à eficácia de decisões do juízo criminal, previstas seja na legislação processual, seja também no Código Civil.

Sobre a questão, suas possíveis objeções e respostas, remetemos o leitor ao item 13.2.3.4, *c*, no qual examinamos a motivação das sentenças.

Adiante, então.

Com as atuais disposições referentes ao direito das obrigações e no campo da responsabilidade civil, impõem-se aqui algumas observações acerca da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, cuja vigência teve início em janeiro de 2003.

Vimos que o art. 2.043 do novo Código Civil dispõe que: "*Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código*."

Com isso, as disposições relativas à ação civil *ex delicto* previstas no CPP, art. 63 ao art. 68, mantêm sua vigência.

Dúvidas existiriam, eventualmente, não com referência às normas de conteúdo processual, em face do citado art. 2.043 do CC, mas em relação a possíveis mudanças na própria legislação civil, tendo em vista que o tema de que estamos tratando situa-se precisamente no campo da responsabilidade civil.

Entretanto, o que se observa é que a Lei nº 10.406/02 (Código Civil) conservou a essência de todas as disposições referidas pelo Código de Processo Penal à legislação civil.

A mais importante, por exemplo, no que toca mais de perto a questão da ação civil *ex delicto*, diz respeito à regra da separação de instâncias, com o reconhecimento da supremacia do juízo criminal em relação a algumas matérias. Com efeito, o atual art. 935 repete por inteiro o conteúdo do antigo art. 1.525, ressaltando que não mais se discutirá no cível a decisão criminal que reconheça a existência do fato e sua autoria.

Do mesmo modo, o *antigo* art. 1.519, no qual se ressalvava o direito à indenização ao dono da coisa atingida, ou à pessoa lesada, quando não tiverem agido com culpa, encontra-se reproduzido no *atual* art. 929. É também o que ocorre com o *atual* art. 188 (correspondente ao *revogado* art. 160) e com o *atual* art. 932 (correspondente ao *revogado* art. 1.521).

Questão especialmente polêmica, que por certo poderá provocar debates entre os civilistas, diz respeito ao disposto no novo art. 933 do CC, que estabelece a responsabilidade *objetiva*, isto, independentemente de culpa, dos responsáveis por

atos de empregados, serviçais e prepostos; filhos menores; hóspedes, moradores e educandos, tal como previsto no art. 932, I, II, III e IV, do CC. Relativamente ao dever de indenizar dos pais e tutores, por atos *delituosos* praticados por seus filhos e tutelados, incapazes, não há qualquer problema nem novidade. Mas, no que respeita à obrigação do empregador ou comitente pela prática de atos criminosos praticados por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele, a instituição da responsabilidade civil *objetiva* merecerá toda a atenção.

6.2 Prejudicialidade

Como convém a um ordenamento jurídico que pretende una a jurisdição, isto é, preocupado com a uniformidade das soluções judiciais para casos idênticos, sobretudo quando a hipótese for de um único e mesmo caso, submetido a competências distintas (juízo criminal e juízo cível), prevê o parágrafo único do art. 64 do CPP que "*intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela*".

A *ratio essendi* do apontado dispositivo legal pode ser facilmente identificada. Tratando-se de julgamento de um *mesmo fato* e da *mesma causa de pedir*, a busca de uma *única* solução para ambas as instâncias deve passar necessariamente pelo modelo processual para o qual sejam previstas menores restrições à prova e em que o grau de certeza a ser obtido na reconstrução dos fatos seja elaborado a partir de provas *materialmente comprovadas*. Por isso, o caminho a ser escolhido deve ser o do processo penal.

Com efeito, uma vez admitida a hipótese de subordinação de uma instância a outra, ainda que apenas no tocante a determinadas questões, a relação de dependência há de ser do juízo cível para o juízo criminal. É que neste a verdade processual é obtida a partir de critérios mais rigorosos, não se admitindo como suficiente à comprovação de uma alegação, por exemplo, a simples ausência de impugnação tempestiva a ela, tal como ocorre no processo civil (art. 341, CPC/2015).

Assim, nos termos do art. 64, parágrafo único, do CPP, uma vez proposta a ação no juízo criminal, o juiz do cível poderá suspender o curso desta até a solução final da ação penal. Entretanto, a teor do disposto no art. 313, § 5º, do CPC/2015 (que é posterior ao Código de Processo Penal), a suspensão do processo no cível não poderá ultrapassar o prazo de um ano, ao fim do qual o juiz retomará obrigatoriamente a sua jurisdição.

E mais: o vocábulo *poderá*, constante do citado art. 64, parágrafo único, do CPP, confere verdadeiro poder discricionário ao juiz do cível, acerca da conveniência da suspensão do processo naquela instância. Embora alguns autores entendam que esse termo (*poderá*) contemplaria verdadeiro dever, entendemos que a hipótese é mesmo de discricionariedade. Isso porque, somente a partir do exame do estágio de desenvolvimento procedimental de um e outro processo (a ação cível e a penal) é que se poderá avaliar a conveniência de se suspender o processo no cível. Assim, quando já estiver encerrada a instrução na ação civil, não haverá, segundo nos parece, qualquer razão para a suspensão do processo se, por exemplo, estiver ainda no início o procedimento criminal. A questão da suspensão, até porque a própria lei prevê prazo limitado (art. 313, CPC/2015), deve, pois, situar-se no âmbito da discricionariedade, e não da obrigatoriedade.

Entretanto, se estiverem ambas as ações em fases procedimentais igualmente desenvolvidas, ou ainda quando a ação cível estiver mais adiantada, mas não concluída a sua fase instrutória, a suspensão do processo civil se revelará extremamente oportuna e conveniente, na medida em que determinadas questões, quando resolvidas no juízo criminal, subordinam o conteúdo da decisão a ser proferida no cível. Por isso, e, sobretudo, em atenção ao amplo espaço probatório destinado ao processo penal, em tais situações, a suspensão do feito poderá evitar o ajuizamento posterior de ações rescisórias (quando cabíveis, nos termos do art. 966, CPC/2015), se inviável o reconhecimento dos efeitos da decisão criminal na via recursal cível, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença civil.

É de se ponderar, porém, que exatamente em razão da inexistência de preponderância de margem probatória no processo penal, no que se refere

especificamente às questões atinentes ao estado das pessoas (para cuja matéria vigem as mesmas restrições previstas para o juízo cível, conforme art. 155, parágrafo único, CPP), é que, excepcionalmente, defere-se à instância civil certo poder subordinante em relação à criminal, quando a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, séria e fundada, de questão desta natureza. Em tais situações, o Juiz Criminal deverá obrigatoriamente suspender (art. 92, CPP, questão prejudicial *obrigatória*) a ação penal até a solução definitiva, passada em julgado, no cível, não correndo, por isso, o prazo prescricional para ação penal (art. 116, I, CP).

6.3 Objeto

Frequentemente, a doutrina procura distinguir em *restituição, ressarcimento, reparação* e *indenização* as diversas modalidades de recomposição civil do dano causado pela infração penal.

O objeto, ou conteúdo, da ação civil, que vem a ser precisamente a apontada recomposição patrimonial ou pecuniária decorrente da ilicitude também civil, pode se identificar em um pedido de simples *restituição* do bem subtraído ou apropriado indevidamente, ou, quando maior o dano, de *ressarcimento*, em que se buscará satisfazer, além do dano emergente, também aquilo que o ofendido deixou de receber com a fruição do bem (lucros cessantes). Como se percebe, em ambas as modalidades de recomposição citadas, o dano causado é de natureza *econômica*.

Quando, porém, o dano causado pela infração penal atingir o patrimônio *moral* do ofendido, isto é, aqueles valores atinentes à dignidade, à individualidade e à personalidade da vítima, expressões culturais da própria comunidade social, dar-se-á a *reparação* civil do ilícito, tal como ocorre, por exemplo, nas chamadas ações de danos morais, seja em proveito do próprio ofendido, quando o dano é dirigido diretamente a ele, seja em favor de terceiros (filhos, cônjuge e sucessores), na hipótese de morte daquele.

Ainda segundo a doutrina, o vocábulo *indenização* se prestaria a definir a modalidade de recomposição patrimonial do dano causado por ato lícito do Estado

(desapropriações etc.).

Entretanto, embora toda a classificação construída com rigor conceitual seja indispensável à elaboração científica, o fato é que a legislação brasileira, incluindo a própria Constituição, não obedece às definições anteriormente apontadas, tratando por indenização qualquer pedido de natureza ressarcitória ou reparatória (ver, por exemplo, art. 5º, V, CF, e art. 68, CPP).

A atual legislação civil codificada (Código Civil) bem demonstra a concreta inutilidade das apontadas classificações, no ponto em que, no primeiro capítulo do Título IX, sobre a responsabilidade civil, dispõe acerca *da obrigação de indenizar*, referindo-se a quaisquer de suas modalidades.

Note-se, também, que o pedido de *restituição* de bem, subtraído ou apropriado indevidamente, embora cabível no juízo cível, pode ser aviado na instância criminal por meio de simples incidente de *restituição de coisas apreendidas*, conforme previsto nos arts. 118 e seguintes do CPP, na hipótese, evidentemente, de já ter sido apreendido o bem objeto do ilícito penal e de inexistência de dúvida em relação à sua propriedade (art. 120, § 4º, CPP).

6.4 Legitimação

Tanto a execução da sentença penal condenatória passada em julgado quanto o ajuizamento da ação de conhecimento no juízo cível poderão ser propostos pelo ofendido ou seu representante legal, no caso de incapacidade (menoridade, alienação mental etc.). Tratando-se de pretensão de natureza civil, com repercussões de índole patrimonial, tem-se que a legitimação para a ação, na falta do ofendido, ou de seu representante legal, é atribuída aos seus *herdeiros*, consoante o disposto no art. 63, *caput*, do CPP, não se limitando ao rol de pessoas elencadas no art. 31 do mesmo Código.

6.5 Subordinação temática e eficácia preclusiva

6.5.1 Nas decisões condenatórias

Conforme já antecipado, o sistema processual brasileiro, no que respeita à vinculação de instâncias em relação a um único fato, adota o modelo da *independência* relativa ou mitigada.

Embora não se renuncie ao ideal da jurisdição una, porque manifestação do mesmo Poder Público, não são todas as decisões proferidas em uma instância que impedirão solução diversa em outra, adotando o legislador os critérios da *eficiência* ou *suficiência* probatória e da *extensão material* do julgado para a determinação da subordinação temática.

Assim, nos termos do art. 935 do CC, uma vez comprovada no juízo criminal a *existência* do fato, bem como a sua *autoria*, tais questões não poderão ser mais discutidas na instância cível.

Trata-se, pois, de decisão com eficácia preclusiva subordinante, na medida em que impede a reabertura da discussão em qualquer outro processo ou juízo, em homenagem à unidade da jurisdição.

É de se registrar, todavia, que a matéria vedada à discussão na instância cível limita-se exclusivamente à existência do fato e à respectiva autoria. Assim, parece-nos perfeitamente possível a alegação, no cível, da concorrência de culpa no evento danoso, ainda que tal questão não tenha sido abordada no juízo criminal, ou, se abordada, não tenha se mostrado suficiente para afastar a responsabilidade penal.

Embora possa parecer absurda a possibilidade de um ilícito penal que não seja também um ilícito civil – o contrário nem sempre é verdadeiro, como se sabe –, o fato é que, em tal situação, é a própria lei (art. 935, CC) que faz a restrição específica aos efeitos preclusivos da decisão criminal. A hipótese antes aventada, a nosso aviso, não se enquadra nas exigências da coisa julgada (arts. 502 e 503, CPC/2015), até porque pode não existir sequer identidade de partes na ação penal e na civil.

O que não nos parece sujeito a novas indagações no cível diz respeito ao elemento subjetivo da ação delituosa, isto é, a decisão acerca do dolo ou culpa imputados ao autor, sobretudo por se tratar de matéria indissociável da decisão relativa à própria

autoria.

Evidentemente, a aplicação do disposto no art. 387, IV, com a imposição de *parcela mínima* indenizatória dos danos causados pelo crime (o que pode incluir até mesmo parcelas a título de danos morais, conforme o STJ – REsp nº 1.585.684/DF Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 9.8.2016,*DJe* 24.8.2016), implicará a sua compensação no juízo cível.

6.5.2 Nas decisões absolutórias

Ainda valendo-se dos critérios da suficiência probatória e da extensão material do julgado, o Código de Processo Penal prevê que faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito (art. 65).

Como se percebe, em todos os casos ali arrolados, a subordinação vincula-se à demonstração cabal e suficiente da existência de uma das chamadas causas de justificação da conduta ou excludentes de ilicitude.

Há quem entenda aplicável a referida norma legal também às hipóteses de legítima defesa ou estado de necessidade *putativos*, isto é, quando o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (art. 20, § 1º, CP).

Referido posicionamento pode ser explicado pela qualidade e suficiência da prova produzida no juízo criminal, determinante da absolvição do acusado com fundamento no art. 386, VI, do CPP, em que constará, da parte dispositiva da sentença, a existência de circunstância que exclui o crime ou isenta o réu de pena, isto é, de quaisquer das excludentes de tipicidade, ilicitude ou de culpabilidade previstas no art. 20 (erro de tipo e descriminantes putativas), art. 22 (coação irresistível e obediência hierárquica), art. 23 (causas de justificação), arts. 26 e 28 (inimputabilidade por incapacidade ou decorrente de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior). Apenas para registro, a Lei nº 11.690/08

incluiu entre as hipóteses de absolvição do art. 386, VI, a possibilidade de *haver fundada dúvida sobre a existência* das aludidas excludentes. Misturou, como se vê, decisão fundada em *certeza* com decisão baseada na *incerteza*.

Assim, e, sobretudo, porque a descriminante *putativa* teria recebido o mesmo tratamento dispensado às causas de justificação reais (legítima defesa, estado de necessidade etc.), para fins de *absolvição*, seria possível interpretar extensivamente àquelas a regra do art. 65 do CPP.

A nosso aviso, porém, a tese não convence. No que se refere exclusivamente ao critério da *suficiência probatória*, bem como em relação aos elementos subjetivos da conduta do acusado, a argumentação parece-nos irrespondível, à conta da unidade da jurisdição.

Todavia, quanto à *extensão material* do julgado, pode-se mesmo objetar que a lei (art. 65, CPP) não faz nenhuma referência às descriminantes putativas entre as hipóteses abrangidas pela coisa julgada. Com isso, parece-nos inconveniente, no mínimo, pretender uma interpretação extensiva ou analógica em tema de tal magnitude.

Quando se aceita, por exemplo, a eficácia da decisão em relação à legítima defesa *real*, deve-se ter por resolvida a questão pertinente à existência, à iminência ou atualidade e à injustiça da agressão. Assim, se da reação do agredido (em legítima defesa) resultar a morte do ofensor, sem que se possa falar em excesso de legítima defesa, a consequência, no campo da responsabilidade civil, é relevantíssima, dado que estará trancada a via da recomposição dos danos para os herdeiros do *de cujus*.

Entretanto, não nos parece acertado pretender a mesma solução quando a hipótese for de legítima defesa *putativa*, dado que, na realidade, nem sequer teria existido a equivocadamente vislumbrada agressão e muito menos a sua injustiça. A nosso juízo, pois, tratando-se de legítima defesa *putativa*, não estará excluída a responsabilidade civil.

Impõe-se registrar que, embora seja vedada a reabertura da discussão acerca da matéria então decidida (excludentes reais), a responsabilidade civil não estará afastada quando houver expressa previsão legal neste sentido, ou seja, prevendo a recomposição do dano, mesmo nas hipóteses de legítima defesa, estado de

necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito.

Assim, por exemplo, preveem os arts. 929 e 930 do CC que o agente causador do dano à coisa deverá indenizar o seu proprietário, ainda que tenha agido – e, assim, causado o dano – em legítima defesa ou no exercício regular de um direito (art. 188, I e II, CC), ou a fim de remover perigo iminente, desde que não seja aquele (o dono da coisa) culpado pelo perigo ou responsável pela agressão, e que tenha, efetivamente, sofrido prejuízo. Campo fértil para aplicação dessas regras, com especial destaque, existe nos casos de *aberratio ictus* (art. 73, CP) e *aberratio criminis* (art. 74, CP), sempre que o atingido ou o lesado não tiver culpa pela agressão ou perigo. Assim, no exemplo em que um agente, em legítima defesa, atinge terceiro inocente, deverá ser responsabilizado pela lesão causada, cabendo-lhe o direito de regresso contra o culpado pelo perigo ou pela agressão, nos termos do art. 930 e seu parágrafo único do CC.

Por óbvio, e especificamente para aqueles autores que admitem os efeitos da coisa julgada também nos casos de excludentes putativas, tudo o que se disse acerca das causas de justificação ou excludentes de ilicitude reais, no que se refere ao não afastamento da responsabilidade civil quando prevista em lei, seria igualmente aplicável àquelas.

Também quando a sentença absolutória penal reconhecer provada, categoricamente – isto é, na parte dispositiva (art. 386, I, CPP) –, a *inexistência* do fato, não se poderá mais, também, discutir tal questão no juízo cível, restando, assim, definitivamente afastada a responsabilidade civil, tudo em conformidade com o disposto no art. 66 do CPP.

Como veremos a seguir, a Lei nº 11.719/08 alterou também a matéria da ação civil *ex delicto*. O atual art. 386 do CPP incluiu também como hipótese de absolvição a certeza judicial fundada no fato de *estar provado que o réu não concorreu para a infração penal* (art. 386, IV, CPP). Em se tratando, então, de juízo de certeza, a unidade da jurisdição impõe a vinculação da instância cível à referida fundamentação absolutória.

6.5.3 A negativa de autoria

Questão das mais interessantes diz respeito à decisão judicial absolutória na qual se pretende ver reconhecida uma eventual negativa de autoria.

Com efeito, e antes da Lei nº 11.719/08, que alterou o art. 386, do CPP, não era raro encontrar-se em algumas decisões de nossos tribunais uma referência à denominada *negativa de autoria* como suficiente para o impedimento da instauração da ação civil *ex delicto*. Nesse sentido, por exemplo, mas sem explicar a definição legal da *negativa da autoria*, STF – MS nº 23.188/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie *Informativo STF* nº 295, dez. 2002, fl. 3.

Parece-nos, contudo, que semelhante entendimento *contrariava* frontalmente as regras processuais relativas aos provimentos judiciais absolutórios previstos no Código de Processo Penal, dado que, até o ano de 2008, o ordenamento processual brasileiro não previa a possibilidade de decisão absolutória com fundamento em *prova da não autoria*.

Com a Lei nº 11.690/08 é que o Código de Processo Penal passou a contemplar, como parte dispositiva da absolvição, *estar provado que o réu não concorreu para a infração penal* (art. 386, IV, CPP). E a alteração é substancial, na medida em que, se é verdade que, na maioria dos casos, a sentença só pode afirmar a *ausência de prova da autoria*, em outros, ainda que excepcionais, poderá restar demonstrado que o réu *não poderia ter praticado a infração*. Ou mais. Que *outra pessoa* teria sido a autora do crime. Em tal situação, a absolvição com base em *ausência de prova* é prejudicial aos interesses da Administração da Justiça e, evidentemente, aos interesses do acusado.

E, em consequência, uma vez reconhecido na decisão absolutória, não só como fundamento do julgado, mas como parte dispositiva da sentença, a prova de não ter o réu praticado a infração, parece-nos irrecusável que a instância cível haverá de se submeter ao referido conteúdo decisório, impedindo-se qualquer tentativa de responsabilização civil pelo fato. O postulado da unidade da jurisdição o impediria.

De se ver, no entanto, que ainda remanesce a previsão de absolvição por *ausência*

de prova da autoria, consoante se vê no renumerado art. 386, V, do CPP. E em tais situações, e com maior fundamento, não se poderá pretender os mesmos efeitos da decisão que julga provada a não autoria (IV). Não ocorrerá, nessas hipóteses, *negativa de autoria*, mas dúvida quanto a ela.

Por isso, entendemos que, no caso da absolvição com fundamento no art. 386, V, CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, a questão deve resolver-se ao nível da *insuficiência* de prova da autoria, e não da suficiência da prova quanto a não ser o réu o autor do fato, como previsto no mesmo art. 386, mas no inciso IV, CPP. Daí por que perfeitamente possível a reabertura da discussão na instância cível em tal situação.

Basta, assim, para a distinção das hipóteses legais, que se veja o disposto no art. 386 do CPP, para que se tenha a comprovação irrefutável do que alegamos, observando-se, no ponto, o que vai no inciso IV e no inciso V do mesmo dispositivo, com a seguinte redação: "*Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;* [...]".

De outro lado, não se pode pensar em qualquer eficácia preclusiva ou quaisquer outros efeitos da coisa julgada na decisão criminal de absolvição sumária, tal como previsto no art. 397, IV, CPP, relativamente à extinção da punibilidade do fato. Aqui não há, rigorosamente, absolvição, mas apenas o reconhecimento da perda de interesse na intervenção penal, surgida a partir de critérios de exclusiva política criminal.

Também as hipóteses de absolvição sumária fundadas nas excludentes de ilicitude e de culpabilidade (art. 397, I e II, CPP) não terão os mesmos efeitos da absolvição definitiva baseada nos mesmos fundamentos (art. 386, VI, CPP). Assim nos parece em razão da ausência de qualquer instrução probatória que pudesse preservar os interesses do ofendido na recomposição patrimonial do dano. A disposição do art. 65 do CPP tem como pressuposto exatamente a absolvição definitiva, proferida após regular instrução do processo, não podendo ser abarcada pela atual redação do art.

397, I e II, CPP.

Obviamente, e com muito mais razões, impensável qualquer vinculação resultante da decisão de arquivamento de inquérito policial.

6.6 Responsabilidade civil de terceiros

O Direito brasileiro atribui não só ao autor do ato ilícito a responsabilidade civil pelos danos causados ao titular do patrimônio – material ou moral – atingido. Prevê também que determinadas pessoas, em razão de parentesco ou do mau desempenho de atividade laborativa, respondam pelo risco assumido com a escolha de mandatário, empregado ou prestador de serviços (art. 932, III, CC), bem como do exercício do poder familiar (arts. 1.630 a 1.638 CC), ou da assistência devida aos descendentes, tutelados e curatelados, nos termos do art. 932, I e II, do CC.

É o que ocorre também em relação ao ilícito penal, estabelecendo o Código Civil inúmeras hipóteses de responsabilidade civil em razão da prática de infração delituosa, conforme previsto nos dispositivos alinhados a partir do art. 927 da aludida legislação codificada.

No mesmo diapasão, o art. 64 do CPP estabelece que a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil.

A questão que oferece maior complexidade em relação ao tema diz respeito à extensão da subordinação temática existente entre a instância cível e criminal – isto é, à eficácia preclusiva das decisões condenatórias ou absolutórias do juízo penal – também ao *responsável civil*, não integrante da relação processual penal.

Saliente-se, desde logo, que a dificuldade somente terá lugar quando se tratar de ação de *conhecimento* proposta contra o autor do fato e o responsável civil. Na hipótese de *execução de sentença penal condenatória*, o título executório é, obviamente, dirigido apenas contra o condenado. Daí por que não poderá ser oposto a qualquer outra pessoa.

Já em relação à ação de conhecimento, parte da doutrina sustenta a

impossibilidade de extensão de efeitos *erga omnes* da decisão criminal condenatória para atingir a pessoa do responsável civil, ao fundamento de violação ao contraditório e à amplitude da defesa deste, que estaria, assim, impedido de discutir a existência do fato e a sua autoria, com inegável diminuição prévia de suas chances de êxito na demanda civil.

A argumentação, sobretudo pela qualidade intelectual de seus defensores, realmente impressiona. Mas, com o devido respeito, não nos convence.

Em primeiro lugar, porque o nosso ordenamento jurídico não autoriza qualquer modalidade de *intervenção de terceiros* no processo penal, a não ser a *assistência*, reservada exclusivamente ao ofendido – e demais legitimados, no caso de sua incapacidade, ausência ou morte – no interesse da acusação. E assim é porque o conteúdo do processo penal, no que respeita unicamente à imposição de sanção penal, não evidencia qualquer interesse jurídico para o responsável civil, dado que, vedada também a formação de litisconsórcio passivo, a pena não passará da pessoa do acusado, e somente dele (art. 5º, XLV, CF).

Em segundo lugar, porque o exame e a apreciação das questões ligadas à autoria e à materialidade do delito não se inserem no campo da *fundamentação* de semelhante modalidade de responsabilidade civil. Esta se localiza no âmbito das relações juridicamente relevantes existentes entre o agente do crime e o responsável civil.

O alto grau de desenvolvimento tecnológico nas atividades produtivas, bem como a crescente e a desordenada disputa pelo mercado consumidor, talvez constituam a base estrutural da elaboração de uma teoria da responsabilidade civil centrada no *risco*, e não mais na *culpa*.

Atento a essa evolução, o novo Código Civil cuidou de referir-se a ela de modc expresso, no texto do art. 927, cujo parágrafo único tem a seguinte redação: "*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*."

Como se observa, por força do disposto expressamente no art. 933 do Código

Civil, em que se estabelece a responsabilidade *objetiva* – independentemente de culpa – do empregador e do comitente, por ato ilícito praticado por seus empregados, serviçais e prepostos, a matéria de defesa reservada ao terceiro, responsável civil, na hipótese de já haver decisão condenatória em face do agente do delito (reconhecendo, portanto, a *existência do fato* e a *autoria*, nos termos do art. 935, CC), será unicamente aquela atinente à existência, ou não, de relação jurídica (contratual ou legal) entre ele e o agente do crime. A questão relativa à existência e à autoria do fato estará fora de seu alcance, *desde que passada em julgado a sentença condenatória*.

Entretanto, se a ação de responsabilidade civil for intentada *antes* da ação penal, ou seja, sem que haja condenação penal já passada em julgado, pensamos que o terceiro, responsável civil, não estaria impedido de discutir, no juízo cível, toda a matéria relativa ao fato e à autoria, diante de sua posição litisconsorcial e diante da ausência, ainda, de subordinação temática à instância penal.

Embora a responsabilidade do terceiro situe-se no vínculo contratual ou legal, o fato é que ela somente existirá se *pressuposta* a responsabilização do autor do fato, seu empregado, preposto ou serviçal. Por isso, acreditamos que o horizonte da discussão judicial *cível* pode ser ampliado também em relação a ele, quando estiverem em disputa apenas os interesses privados decorrentes da recomposição civil do dano causado pelo crime.

Em outras palavras: quando se tratar de ação civil reparatória proposta contra o autor do fato e o seu responsável civil e, inexistindo ação penal em curso (ou, se arquivado o inquérito ou absolvido o réu por ausência de provas etc.), ou, se em curso, ainda não sentenciada, com decisão passada em julgado, admite-se que o terceiro (responsável civil) possa impugnar a própria existência do fato e sua autoria. Isso, no âmbito, é claro, do processo civil. Tal ocorre menos em razão de possível violação à ampla defesa – que também será exercitada – que em razão do litisconsórcio formado entre ambos (responsável civil e autor do fato), cuja consequência, por força de lei, estenderá aos dois os efeitos da sentença.

No juízo criminal, porém, as questões relativas à autoria e à materialidade evidenciam interesses de natureza pública, na medida em que, uma vez capitulada a

conduta como delituosa, a intervenção estatal deve caracterizar-se como *ultima ratio*. Daí por que, acrescida da necessidade de se preservar a unidade da jurisdição, não poderão mais ser discutidas, quando estiverem passadas em julgado.

Por fim, é de se lembrar, mais, de que a impossibilidade de reabertura da discussão acerca da autoria e da materialidade pode também ser explicada como *restrição à prova* no juízo cível, conforme anota Tourinho Filho (1992, v. II, p. 22). Com efeito, como se sabe, na instância cível, existem restrições à prova de natureza até mesmo substancial, como ocorre com a certeza obtida a partir da simples ausência de impugnação do fato articulado na inicial (art. 341, CPC/2015), com a vedação do testemunho de menores de 16 anos (art. 447, § 1º, III, CPC/2015), e até mesmo com os efeitos da confissão (arts. 389 a 395, CPC/2015). A impossibilidade de reabrir a discussão de tais questões seria, então, mais uma das já existentes restrições à prova.

6.7 A legitimação do Ministério Público

Questão também interessantíssima encontra-se no disposto no art. 68 do CPP, que prevê legitimação ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil decorrente do delito – e para a execução do julgado penal – quando o titular do direito à reparação do dano for pobre.

Com o advento da Constituição de 1988 e com a previsão da instituição da Defensoria Pública como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134, CF), a razão de ser da legitimação do Ministério Público (pobreza do titular da ação civil) evidentemente deixou de existir.

E assim nos parece, até mesmo por incompatibilidade da atuação privada do *parquet* com o novo regramento constitucional reservado àquela instituição, incumbida, a partir de 1988, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, de dimensão coletiva e difusa, e individuais indisponíveis (art. 127, CF).

Embora não se possa deixar de incluir a pobreza entre os interesses sociais,

sobretudo diante da sua gigantesca abrangência no país, o fato é que a intervenção do Ministério Público, sobretudo no campo da iniciativa processual – mas também como *custos legis* –, somente se legitima a partir de uma contextualização coletiva ou difusa dos interesses individuais, não sendo permitida no âmbito da tutela exclusivamente particular, como ocorre na hipótese do art. 68 do CPP.

Entendendo-se de modo diferente, não se justificaria o afastamento do Ministério Público da ação penal *privativa* do ofendido, na hipótese de insuficiência de recursos deste para o patrocínio da persecução penal, conforme se observa no art. 32 do CPP, que determina ao juiz a nomeação de um advogado para a ação privada quando a vítima for pobre.

Curiosamente, somente após quase dez anos de vigência do novo texto constitucional é que a doutrina, de modo geral, passou a apontar a revogação do mencionado art. 68 do CPP, posição esta que vai, pouco a pouco, solidificando-se.

Solução das mais interessantes veio do Supremo Tribunal Federal, que, vem sustentando a tese de uma inconstitucionalidade *progressiva*, preconizada, sobretudo, pelo eminente Min. Sepúlveda Pertence.

Sustenta Sua Excelência que, diante da ausência de positivação normativa do art. 134 da CF, isto é, diante da omissão de diversos Estados, e também da União, no encargo constitucional de instituir e organizar as respectivas Defensorias Públicas, o art. 68 do CPP manteria a sua vigência até o funcionamento regular dos apontados órgãos de defesa jurídica dos necessitados.

Do ponto de vista rigorosamente jurídico, a solução não convence, até porque o que seria progressivo seria a *revogação*, e não a inconstitucionalidade, dado que a norma constitucional é posterior à legal. E também porque toda norma constitucional ostenta eficácia jurídica, consoante se nota na lição de José Afonso da Silva, em obra clássica:

"Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação a ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e na ordenação da nova ordem constitucional" (1968, p. 75).

Como se percebe, porém, a solução da Suprema Corte busca, na verdade e

unicamente, a acomodação dos diversos interesses em disputa, revelando-se de ordem eminentemente política – função, aliás, à qual ela não pode, em certa medida, jamais renunciar.

Compreende-se, pois, a solução, por assim dizer temporária, sem deixarmos de observar as suas inúmeras limitações, no plano da hermenêutica e da aplicação do Direito.

CAPÍTULO 7

Jurisdição e Competência

7.1 Jurisdição e repartição de competência

Como atividade e expressão do Poder Público, afirma-se que a jurisdição é *una*, no sentido de se tratar de intervenção do Estado junto aos *jurisdicionados*, para fins de atuação do Direito ao caso concreto e, mais particularmente, ao caso ou à questão penal. Todos os atos e decisões judiciais, ou seja, os provimentos, de movimentação ou de solução, proferidos no processo pelos órgãos investidos de jurisdição, *qualquer* que seja a *competência* do juiz ou tribunal, configuram, assim, manifestação do poder estatal jurisdicional, com aptidão, em tese, para a produção de determinados e específicos efeitos jurídicos.

Sob perspectiva exclusivamente da juridicidade, abstraindo-se dos escopos metajurídicos do processo (pacificação social, participação popular na administração da Justiça etc.), o processo penal, instrumento da jurisdição, viabiliza a aplicação da lei penal, veiculando, assim, a pretensão punitiva, cuja titularidade ou *legitimatio ad causam* é reservada preferencialmente ao próprio Estado, via Ministério Público. Excepcionalmente, admite-se a iniciativa do particular, seja por meio de ação penal privada, seja por atuação subsidiária, na hipótese de inércia do órgão ministerial (a chamada ação privada subsidiária da pública).

A jurisdição penal, monopolizada pelo Estado, realiza, portanto, a relevante função de aplicação do Direito Penal aos fatos violadores de bens, direitos e valores reconhecidos pelo corpo social, na exata medida e proporção previamente indicadas em lei.

No exercício dessa complexa atividade e sobretudo em atenção aos critérios constitucionais de distribuição do poder político adotados na Constituição de 1988, também o poder jurisdicional foi objeto de repartição de competências, com o objetivo de bem e melhor operacionalizar a administração da Justiça. Desde logo, portanto, uma constatação: há distribuição de parcelas da jurisdição – *competências* – derivada da própria Constituição da República, reunidas sob a proteção da cláusula assecuratória de que "*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*" (art. 5º, LIII, CF).

E, assim como ocorre em relação a qualquer repartição de competências, a distribuição da jurisdição a diferentes órgãos do Poder Público obedece a regras específicas de racionalização da respectiva função pública, voltadas à necessária otimização da aludida atividade.

Surge, então, nessa ordem de considerações, o critério da *especialização* do Poder Judiciário, a ditar a repartição constitucional de competências em razão da *matéria* dada ao conhecimento de cada órgão da jurisdição, delimitando-se, em um primeiro momento, a existência de uma *jurisdição penal*, encarregada e *especializada* em *matéria* criminal.

A partir daí, e sob o mesmo influxo, passa-se a repartir também a jurisdição penal a órgãos ainda mais *especializados*, tendo em vista a especificidade de determinadas *matérias*.

Assim, estabelecem-se competências distintas para o processo e o julgamento de crimes cuja configuração possa apresentar características distintas, seja em relação à *titularidade* do bem, valor ou interesse jurídico atingido, seja em relação à *natureza* do crime.

Na primeira hipótese, apresentam-se as jurisdições da Justiça Comum, *federal e*

estadual, escolhidas em razão da *matéria*; na segunda, a jurisdição do *Tribunal do Júri* e a jurisdição especial da *Justiça Eleitoral* e da *Justiça Militar*, cuja opção é também fundada na *ratione materiae*. Por isso, fala-se em competência de *jurisdição*.

Deve-se observar, também, que doutrina e jurisprudência frequentemente adotam uma terminologia ainda mais restritiva em relação à jurisdição penal militar e à Justiça Eleitoral. Fala-se em Justiça*especializada*, aparentemente em oposição à jurisdição *comum* da Justiça Federal e Estadual. Note-se, porém, que, em quaisquer das jurisdições dotadas de competências específicas, o critério determinante da separação de poderes, no particular – Justiça comum e especializada –, foi precisamente o da *especialização* em razão da *matéria*.

Com efeito, atribui-se competência específica à Justiça Federal – Justiça *Comum* – não porque o Juiz Federal seja abstratamente superior ou mais bem preparado que o Juiz Estadual, mas, unicamente, porque há o objetivo de bem operacionalizar a atividade jurisdicional, seja em atenção à própria *distribuição* dos feitos criminais, seja, sobretudo, em razão da otimização do serviço, resultante da especialização por *matéria* – o que, de resto, ocorre em praticamente todos os ramos do Direito e das demais atividades profissionais (Direito Administrativo, Constitucional, Penal, ou Oftalmologia, Pediatria, Cardiologia etc.).

A terminologia *Justiça especializada*, referida à jurisdição penal militar e eleitoral, tem o propósito de realçar ainda mais o alto grau de especialização das respectivas Justiças, tendo em vista a própria especificidade normativa de cada ramo do direito material ali aplicado. De fato, o Direito Penal militar apresenta características *próprias* e *especiais* em relação ao Direito Penal comum, até mesmo em decorrência das particularidades das relações jurídicas abrangidas pelos respectivos destinatários – o civil e o militar –, razão pela qual os crimes militares obedecem à expressa definição legal, reunidas, de modo geral, no Código Penal Militar.

O mesmo ocorre, em certa medida, em relação ao Direito Eleitoral – daí a Justiça Eleitoral –, submetido às normas do Código Eleitoral e da legislação eleitoral. Os chamados crimes eleitorais, em regra ali previstos, embora abarcados pelos

princípios gerais do Direito Penal comum, apresentam a particularidade de tutelarem, também, a regularidade do processo eleitoral. Daí por que perfeitamente admissível – aliás, com redobradas razões – a especificidade de seu tratamento.

Em outra via, atendendo a outro critério que não o da especialização e, por isso, não mais em relação *à matéria*, mas já ao próprio *agente* do crime, é prevista a jurisdição colegiada, ou competência originária dos tribunais, estabelecida em razão das relevantes funções públicas exercidas pelo autor – ou acusado – da infração penal, ou seja, foros privativos *ratione personae*.

Em todas estas situações impõe-se o relevante princípio do *juiz natural*, entendido como o órgão da jurisdição cuja competência, estabelecida anteriormente ao cometimento do fato, derive de fontes constitucionais, legitimado a partir da vedação, imposta ao legislador infraconstitucional, da instituição do juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF). Legitimado, ainda, pela exigência de julgamento d causa pelo juiz ou tribunal ali indicados (órgão ou juiz *especializado* em razão da matéria e órgão ou tribunal *colegiado* em razão da função do imputado).

Em uma e outra hipótese, estaremos diante de competências *absolutas*, cuja determinação independe da vontade das partes processuais, acusação e defesa, diante da rigidez e da estatura da fonte normativa de uma e outra espécie, qual seja, a Constituição da República.

7.2 Juiz natural e competência absoluta: competência de jurisdição

O princípio do juiz natural, conforme vimos ao tratarmos dos princípios fundamentais do processo penal, constitui verdadeira garantia individual estabelecida em favor de quem se achar submetido a processo penal, impedindo, assim, o julgamento da causa por juiz ou tribunal cuja competência não esteja, previamente ao cometimento do fato, definida na Constituição.

Desde logo, observamos que não nos parece adequado excluir a competência da Justiça Estadual da abrangência do *juiz natural*, como ainda se encontra em alguns setores da doutrina. Embora *residual* a competência da jurisdição estadual, isto é,

definida pela regra da *exclusão*, não se pode perder de vista que se trata de competência *absoluta*, isto é, cujo afastamento somente poderá ocorrer por força de aplicação de normas ou princípios constitucionais, quando firmada em razão da *matéria* (crimes estaduais).

Assim, do mesmo modo que o processo e o julgamento de um crime da competência federal há de ocorrer no âmbito daquela Justiça, sob pena de *nulidade absoluta*, também aquele, da competência estadual, haverá de desenvolver-se e ultimar-se naquela jurisdição, sob a mesma cominação de *nulidade absoluta*.

E não infirma semelhante ponto de vista o fato de prevalecer a competência da jurisdição federal, na hipótese de reunião obrigatória de processos da competência federal e estadual, quando determinada em razão de conexão e continência (Súmula 122, STJ). Em tais situações, em atenção sobretudo à *unidade* da jurisdição, ora com o objetivo de afastar a possibilidade de decisões contraditórias, como é o caso da *continência*, ora a permitir o amplo aproveitamento das provas e da instrução de um e outro (como, em geral, se dá na *conexão)*, a afirmação da competência federal ocorre mais em razão do critério constitucional de distribuição de competências que propriamente do afastamento da Justiça Estadual da regra do juiz natural.

Efetivamente, como a competência da Justiça Federal é *expressa*, enquanto a da Justiça Estadual é *residual*, tem-se que a jurisdição estadual somente terá *lugar* quando previamente afastadas as demais competências (militar, eleitoral e federal). Assim, se presente um crime da competência federal e, por isso, afirmada, de plano, a sua competência, não terá aplicação a regra de competência *residual*, quando prevista em lei a reunião obrigatória de ambos os processos. Em outras palavras: em tais situações, a competência *residual* é regra de aplicação *subsidiária*, condicionada ao afastamento prévio e anterior da competência *expressa*.

Como se vê, o princípio do *juiz natural*, instituído *ratione materiae* e *ratione personae*, configura hipótese de competência *absoluta*, inafastável por vontade das partes processuais, revelando a natureza pública do interesse em disputa, somente se admitindo a sua flexibilização por oportunidade da aplicação de norma da mesma estatura, ou seja, de norma ou princípio igualmente constitucionais.

Observe-se, porém, que a fundamentação do princípio encontra suas raízes na vedação do juízo ou tribunal de exceção, quando se exige a identificação do órgão jurisdicional *antes* do cometimento do crime, e, ainda, na regra do juiz constitucionalmente competente, instituído em razão da matéria e em razão da prerrogativa de função. Não violam o *juiz natural*, por exemplo, a designação de dois ou mais juízes para atuação conjunta em determinado juízo, em regime de mutirão, e tampouco as modificações de competência realizadas no âmbito da mesma *jurisdição* – federal, estadual, eleitoral –, quando previstas em regras de organização judiciária, com o objetivo de estabelecer *varas* ou *juízos especializados* (tóxicos, acidentes de trânsito, crimes ambientais etc.).

O *juiz natural* deve ser identificado, então, na qualidade da *jurisdição*, e não na pessoa do juiz.

Sobre a competência jurisdicional fixada em leis de organização judiciária, ver nossas considerações alinhadas no item 3.3.1.1.

7.3 Prerrogativa de função (*ratione personae*)

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar *foros privativos* para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais.

Optou-se, então, pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira.

Tratando-se de escolha situada no âmbito da discricionariedade política do constituinte, o conjunto de competências fixadas em razão da prerrogativa de funções não oferece regramento seguro para uma adequada sistematização da matéria. É possível, entretanto, identificar alguns critérios que nortearam a opção legislativa

constitucional, de modo a facilitar a compreensão do sistema. É o que se tentará demonstrar a seguir. Mas adiante-se: a matéria relativa à chamada competência por prerrogativa de função e competência em razão da matéria está regulada na Constituição da República, reservando-se à legislação ordinária a competência em razão do lugar (*ratione loci*). Assim, encontram-se totalmente revogados os dispositivos previstos nos arts. 86 e 87 do CPP.

Aliás, não só os arts. 86 e 87, mas também o art. 84 do CPP, foram revogados pela Constituição de 1988. No particular, observa-se que as modificações trazidas pela Lei nº 10.628/02 ao citado art. 84, CPP, foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.797 e da ADI 2.860, em 15.9.2005, dando pela invalidade material dos §§ 1º e 2º, ambos do art. 84, CPP.

E nem poderia ser de outro modo, na medida em que nos parece inaceitável qualquer pretensão no sentido de se criarem regras atinentes ao princípio do juiz *natural*, de índole constitucional, por meio de legislação *ordinária*. O retrocesso, o mau gosto e, enfim, a inconstitucionalidade de tais disposições sempre nos pareceu patentes.

7.3.1 Crimes comuns e crimes de responsabilidade

Conforme já adiantamos, por ocasião do estudo relativo à ação penal popular, os chamados crimes de *responsabilidade* não configuram verdadeiramente infrações penais. Constituem, ao contrário, infrações de natureza eminentemente *política*, com tratamento bastante distinto daquele reservado às infrações abrangidas pelo Direito Penal. Estão submetidas a processo e julgamento perante a jurisdição *política*, integrada, em geral, por órgãos do Legislativo (Senado Federal, Câmara dos Deputados – à qual compete admitir a acusação contra o Presidente da República, conforme art. 85, CF –, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores). Cumpre lembrar que, mesmo quando a Constituição atribui a órgãos do Judiciário a competência para o julgamento de crimes de responsabilidade (art. 105, I, *a*, por exemplo), não se estará exercendo outro tipo de jurisdição que não seja a de natureza

política, diante da natureza igualmente política das infrações.

Enquanto o Direito Penal, ainda atualmente, é centrado na aplicação de pena privativa da liberdade, pautando-se, por isso mesmo, em rígidos princípios aplicados à definição da conduta punível, o crime de responsabilidade tem como sanção a perda de cargo ou função pública e a vedação de exercício futuro, em decorrência do mau desempenho de atividade pública.

No campo da responsabilidade política, os valores objetos da proteção legal encontram-se ligados mais aos interesses imediatos da respectiva função pública do que da comunidade social representada pelo agente político. Só mesmo no campo da responsabilidade política, por exemplo, pode-se admitir um tipo *penal* punitivo da conduta narrada no art. 9º, item 7, da Lei nº 1.079/50, que tem os seguintes termos: "*proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo*". Ora, a noção de incompatibilidade com o decoro do cargo é ditada exclusivamente pelo critério *político* a ser definido pelos responsáveis pelo julgamento da apontada infração, o que é, a todas as luzes, incompatível com a principiologia do Direito Penal.

E é exatamente por essa razão que o Supremo Tribunal Federal reconhece, para fins de fixação do foro privativo por prerrogativa de função, a existência bem delimitada de uma dicotomia entre os crimes *comuns* e os crimes de *responsabilidade*, incluindo nos primeiros todas as infrações de natureza penal, até as *eleitorais*. É o que se verá a seguir.

Por ora, mencionaremos, exemplificativamente, as infrações previstas na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que prevê os crimes de responsabilidade do Presidente da República e Ministros de Estado, dos Governadores e Secretários de Estados, dos membros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, bem como aquelas definidas no art. 4º do Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que, sob a rubrica das "*infrações político-administrativas*", regula os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, cujo julgamento afeta à Câmara de Vereadores. Quanto aos crimes de responsabilidade dos prefeitos, mencione-se ainda que, embora o art. 1º do citado Decreto-lei nº 201/67 refira-se a "*crimes de*

responsabilidade", na realidade, cuida-se, ali, de verdadeiros crimes *comuns*, da competência do Tribunal de Justiça, consoante acertada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF –*RT* nº 726/588; STF – HC nº 71.991-1,*DJU* 2.3.1995, p. 4.022). Por isso, a extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 (Súmula, 703, STF).

Devem-se mencionar, ainda, em nível constitucional, as previsões do art. 29-A, § 2º, da CF, que estabelece crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais (incisos I, II e III) e do Presidente da Câmara Municipal (§ 3º), bem como do disposto no art. 85, nos termos do respectivo parágrafo único, em relação aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, conforme o disposto e se dispuser em lei específica (atualmente a Lei nº 1.079/50).

No mesmo sentido, é a previsão de julgamento, pelo Senado Federal, dos membros do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade, consoante estatuído pela Emenda Constitucional nº 45/04, que veiculou a chamada *Reforma do Judiciário*. Ocorre, porém, que, ao contrário do que acontece com os membros do Supremo Tribunal Federal e com o Procurador-Geral da República, não há, ainda, qualquer previsão legal das citadas infrações (crimes de responsabilidade) para as referidas autoridades.

Sobre a natureza jurídica do crime de responsabilidade e a respectiva ação (penal), ver item 5.5.1. Renove-se apenas a referência ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que é no sentido de se tratar de ação verdadeiramente *penal*, o que impediria o seu manejo popular, isto é, por qualquer pessoa do povo, consoante previsto, por exemplo, na Lei nº 1.079/50. Vejamos:

"DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA PERANTE O APRESENTADA POR CIDADÃOS, CONTRA MINISTRO DE ESTADO, POR CRIME RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA DOS DENUNCIANTES. AGRAVO. 1. Em se tratando ação penal pública, é do Ministério Público – e não de particulares – a legitimidade ativa para denúncia por crime de responsabilidade (artigos 129, I, e 102, I, 'c', da C.F.). 2. Precedentes do S.T.F. 3. Agravo improvido" (Pet. 1104 AgR, Rel.(a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 12.9.2002, *DJ* 21.2.2003).

7.3.2 Critério da simetria

A adoção de um critério fundado na aplicação de regras simétricas pode ser identificada pela consideração da relevância da função pública protegida pela norma do foro *privativo*.

a) Competência do Supremo Tribunal Federal

Iniciemos, então, pelos exemplos mais facilmente visualizáveis: todos os membros do primeiro *escalão* dos diversos poderes – Judiciário, Legislativo e Executivo – serão julgados, nos *crimes comuns*, pelo Supremo Tribunal Federal, que é, precisamente, a última instância do Poder Judiciário. É o que ocorre com os membros do Congresso Nacional (no âmbito do Legislativo), com o Presidente da República, o Vice-Presidente da República e Ministros de Estado (Poder Executivo) e os próprios Ministros da Suprema Corte (art. 102, I, *b* e *c*).

Seguindo a mesma linha simétrica de relevância de funções no Poder Público, encontraremos a competência do mesmo Supremo Tribunal Federal para o julgamento do mais *alto comando* das Forças Armadas, dos membros do Tribunal de Contas da União e dos Chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, *c*). Note-se que, embora não se possa afirmar, rigorosamente, que referidas autoridades – sobretudo os membros do Tribunal de Contas da União – situem-se no mais alto degrau do Poder Público, ao menos na perspectiva da tradicional tripartição de poderes, é bem de ver que ambos (Forças Armadas e Tribunal de Contas da União) ocupam posição de destaque na ordem constitucional brasileira.

No que respeita aos Chefes de missão diplomática de caráter permanente, a jurisdição do Supremo Tribunal Federal impõe-se até mesmo em razão da natureza internacional da relação jurídica que se estabelece entre os respectivos Estados.

Também serão julgados na Suprema Corte, nos crimes *comuns*, o Procurador-Geral da República (art. 102, I, *b*) e os membros dos Tribunais Superiores (art. 102, I, *c*). O primeiro em razão do tratamento constitucional reservado ao Ministério Público, elevado, quanto à dignidade das funções, ao *status* de Poder Público

independente. Já os membros dos Tribunais Superiores tiveram fixadas as respectivas jurisdições privativas no Supremo Tribunal Federal em razão da inconveniência de se permitir o julgamento de um membro do Judiciário pelos seus próprios pares (o que ocorreria, por exemplo, em relação aos integrantes do Superior Tribunal de Justiça). Por isso, e do mesmo modo, caberá ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento dos membros dos Tribunais Regionais (Federais, Eleitorais e do Trabalho) e Tribunais de Justiça.

É de se mencionar, ainda, o fato de terem também o Advogado-Geral da União, o Chefe da Casa Civil e o Presidente do Banco Central, em razão de terem sido os referidos cargos elevados ao *status* de Ministro de Estado, por força da Lei nº 13.844/19. Ver, ainda, o art. 20 dessa legislação, que estende o mesmo *status* a diversos cargos de secretaria associados à Presidência da República.

Coisas, enfim, do Brasil tupiniquim.

Coisas, porém, sobre as quais pendem impugnações, questionando a constitucionalidade das equiparações. Não temos dúvidas em reconhecer a ausência do vício em relação ao foro privativo do Chefe da Casa Civil, já que referida autoridade ostenta mesmo *status* de Ministro de Estado, no plano da organização administrativa da chefia do Executivo Federal. Igualmente, o foro do Advogado-Geral da União.

De todo modo, a questão, relativamente ao Presidente do Banco Central, já se encontra resolvida no Supremo Tribunal Federal, em decisões relatadas pelo eminente Min. Gilmar Mendes (ADI nº 3.289 e ADI nº 3.290), julgando improcedente, por maioria, ação de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.036/04. Assim, o foro específico para apreciação de questão criminal dirigida contra o Presidente do Banco Central deverá ser a SupremaCorte, restando prejudicada a questão de ordem levantada no Inq. nº 2.206-QO, cujo julgamento se encontra ainda suspenso.

Espera-se, portanto, que, ao menos em relação às inúmeras Secretarias equiparadas a Ministérios, reconheça-se a sua manifesta inconstitucionalidade, como já se antecipou a Suprema Corte em relação ao Secretário Especial de Aquicultura e

Pesca (Inq. nº 2.044-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), em razão de se tratar d órgãos de feições exclusivamente administrativas.

Isso porque não se pode admitir que a Administração Pública federal detenha o poder de identificação da relevância das funções merecedoras de tratamento privilegiado na Constituição da República. A opção pelo foro do Presidente, do Vice-Presidente e dos Ministros de Estado obedece a um critério racional de organizaçã administrativa, *em função da chefia do Executivo*. Daí o reconhecimento da relevância das funções exercidas, *em nome da Presidência*, pelos Ministros de Estado. Os Ministros atuam, pois, como a *longa manus* da Presidência da República, na consecução de seus objetivos político-administrativos.

Merecedor de registro, ainda, é o fato de que, se a Emenda Constitucional nº 45, de um lado, estabeleceu foro privativo, no Senado Federal, para os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, para o julgamento dos *crimes de responsabilidade* (art. 52, II), do outro, o mesmo não ocorreu em relação aos crimes *comuns*. Para esses, permanecem as antigas disposições, relativamente apenas às autoridades expressamente mencionadas na Constituição da República, o que não inclui, à evidência, os membros dos respectivos Conselhos, representantes da OAB e da sociedade civil (dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB, e dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal, conforme o disposto no art. 103-B, XII e XIII, e art. 130-A, V e VI, CF).

Todavia, não será surpresa se as Cortes brasileiras admitirem a prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal para as aludidas funções, ao argumento de se tratar de membros do Judiciário (art. 92, I-A, CF), e integrantes do Ministério Público (art. 130-A, CF), em posição assemelhada ao Procurador-Geral da República (membros do CNMP) e dos Tribunais Superiores (membros do CNJ). Argumento frágil, não há dúvida, mas não improvável. De nossa parte, não vemos como sustentar a equiparação. E até mesmo por argumentação *a contrario sensu* – no vernáculo –, já que houve disposição expressa em relação aos crimes de responsabilidade e silêncio (expressivo) em relação aos crimes comuns.

Anote-se, por último, que o Supremo Tribunal Federal entende que é daquela Corte a competência para apreciar ação ordinária ajuizada contra ato do CNJ (Rcl 15551 AgR/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia).

b) Competência do Superior Tribunal de Justiça

Já em relação à competência, por foro privativo, do Superior Tribunal de Justiça, o critério da simetria não apresenta as mesmas características, o que não impede a sua visualização, ao menos como regra preponderante.

Assim, pode-se traçar, no quadro das funções públicas merecedoras do *foro privativo*, uma linha logo abaixo daquela anteriormente fixada para a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, no que resultará a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, dos membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal (art. 105, I, *a*).

Cuidou também o constituinte de reservar aos membros do Ministério Público da *União* tratamento semelhante àquele destinado aos membros do Poder Judiciário da União. Assim, serão julgados, no Superior Tribunal de Justiça, nos crimes comuns, os Procuradores Regionais da República, os Procuradores Regionais do Trabalho, os Procuradores de Justiça do Distrito Federal, que oficiam perante tribunais (art. 105, I *a*, CF), isto é, que oficiem perante o Tribunal Regional Federal, o Tribunal Regional do Trabalho e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

A exceção total à regra da simetria, por exclusivo critério de conveniência política, encontra-se na reserva da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça também o julgamento dos Conselheiros ou membros dos Tribunais de Contas dos *Municípios*, onde os houver, conforme o disposto no art. 105, I, *a*, da CF.

c) Competência dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais de Justiça

Traçando nova linha, mais abaixo da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, teremos a competência jurisdicional dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, bem como dos Tribunais Regionais Eleitorais, com competência para julgar os membros do Poder Judiciário de primeira instância a eles vinculados ou equiparados (simetria no Judiciário, como ocorre entre um Juiz do Trabalho e um Juiz Federal). Assim, serão julgados no Tribunal Regional Federal os Juízes Federais, os Juízes do Trabalho, os Juízes da Justiça Militar (art. 108, I,*a*); e nos Tribunais de Justiça, os Juízes de Direito dos Estados e do Distrito Federal (art. 96, III).

Entretanto, se o crime por eles praticado for *eleitoral*, a competência para o respectivo processo e julgamento caberá ao Tribunal Regional Eleitoral, por força de ressalva expressa contida no art. 96, III, *in fine*, e no art. 108, I, *a, in fine*.

Uma questão bastante problemática diz respeito à competência por prerrogativa de função em relação aos crimes *militares*.

Como vimos, inicialmente, nessa matéria (de foro privativo decorrente de determinadas funções e cargos públicos), a única distinção entre as modalidades de infração penal seria entre os chamados *crimes comuns* e os denominados *crimes de responsabilidade*. Desse modo, seriam crimes comuns todos aqueles que não fossem de responsabilidade. Evidentemente que os crimes militares, a rigor, não são comuns, do mesmo modo que não o são os crimes eleitorais. No entanto, o Presidente da República, por exemplo, será sempre julgado no Supremo Tribunal Federal, ainda que tenha praticado um crime eleitoral ou mesmo militar. Do mesmo modo, os Governadores de Estado (no STJ). A questão, então, é saber se haveria a possibilidade de afastamento da competência dos tribunais de segunda instância, sobretudo os Tribunais de Justiça, para o julgamento dos crimes militares, tal como ocorre em relação aos crimes eleitorais.

Pensamos que o primeiro passo a ser dado na busca da solução do problema seria na direção das regras de competência *expressa* na Constituição, fazendo-se o mesmo em relação às hipóteses também expressas de *afastamento* da competência. Veja-se, por exemplo, que o art. 96, III, da Constituição da República garante a competência

dos Tribunais de Justiça para o julgamento dos juízes estaduais, *ressalvando apenas a competência eleitoral*, ou seja, dos Tribunais Regionais Eleitorais, para o julgamento dos aludidos crimes (eleitorais). Nada se disse em relação aos crimes militares. Eloquente o silêncio e óbvia a sua leitura: os juízes estaduais serão julgados nos Tribunais de Justiça *mesmo nos crimes militares*. E isso em razão da existência de regra expressa, seja da competência, seja da hipótese de seu afastamento.

Restaria, então, examinar a questão sob a ótica da competência por prerrogativa de função fixada nas Constituições dos Estados, e desde que elas não desbordassem dos critérios regulados na Constituição da República. É o que veremos logo e mais adiante (item 7.3.3.2).

Já em relação aos membros do Ministério Público, o critério da simetria somente é aplicado ao Ministério Público da União. Por isso, serão julgados no Tribunal Regional Federal os Procuradores da República, os Procuradores do Trabalho e os Promotores da Justiça Militar (da União), salvo se se tratar de crime eleitoral, quando a competência será deslocada para o Tribunal Regional Eleitoral (art. 108, I, *a*).

Uma observação final: pela interpretação gramatical do disposto no art. 108, I, *a*, caberia aos Tribunais Regionais Federais o julgamento dos Promotores de Justiça do Distrito Federal, já que eles integram o Ministério Público da União. Entretanto, note-se que o Poder Judiciário do Distrito Federal é também organizado e mantido pela União, nos termos do art. 21, XIII, da CF. Assim, não haveria razão alguma para o tratamento distinto entre os membros do Judiciário e do Ministério Público do Distrito Federal, daí resultando que, da mesma maneira que os Juízes de Direito do Distrito Federal são julgados pelo respectivo Tribunal de Justiça (art. 96, III) também ali deveriam ser julgados os membros do Ministério Público que atuam perante eles na primeira instância. Embora seja esse o entendimento do próprio TJDFT (20030020090272 HBC, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, 06.11.03 Informativo de Jurisprudência nº 58), não é, porém, a posição do Superior Tribunal de Justiça (REsp 336.857-DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 07.11.05), tampouco do Supremo Tribunal Federal:

"Membro do Ministério Público da União. Incompetência do Tribunal de Justiça. Feito da competência do Tribuna Regional Federal da 1ª Região. Conflito aparente de normas entre o art. 96, III, e o art. 108, I, *a*, cc. 128, I, *d*, todos da CF. Aplicação do princípio da especialidade. Precedentes. Recurso provido. Não cabe ao Tribunal de Justiça d Distrito Federal, mas ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conhecer de *habeas corpus* contra ato de membro do Ministério Público do Distrito Federal" (RE nº 467923, Rel.(a): Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, julgado e 18.4.2006).

No mesmo sentido: RE nº 418852/DF, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 10.3.2006, e RE nº 315010/DF, Rel. Min. Né da Silveira, *DJ* de 31.5.2002.

Conforme o disposto no art. 107, § 3º, os Tribunais Regionais Federais, e, no art. 125, § 6º, os Tribunais de Justiça, poderão funcionar descentralizadamente, por meio de Câmaras Regionais, a fim de assegurar o pleno acesso à Justiça em todas as fases do processo. Por certo que as aludidas Câmaras poderão se responsabilizar pelo julgamento dos processos relativos à prerrogativa de função, tudo a depender da respectiva regulamentação interna. Assim, se o referido julgamento, segundo previsão regimental, tiver de ser realizado por órgão superior (quanto à composição) às Câmaras, nelas não poderão tramitar processos desta natureza.

7.3.3 Critério de regionalização

Falamos em critério de *regionalização* quando a jurisdição é fixada em atenção à origem da autoridade submetida a processo em foro privativo por prerrogativa de função.

O exemplo mais cristalino de semelhante critério diz respeito aos membros do Ministério Público dos Estados, a saber, todos os integrantes do *parquet* estadual serão julgados, em regra – a exceção fica por conta dos crimes *eleitorais*, da competência do respectivo Tribunal Regional Eleitoral –, perante o Tribunal de Justiça do mesmo Estado. É o que se contém no disposto no art. 96, III, da CF. Assim tanto os Promotores de Justiça, de primeira instância, quanto os Procuradores de Justiça que oficiam perante tribunais – Alçada ou Justiça – serão julgados naquele tribunal, o que permite visualizar uma *regionalização* do foro das referidas autoridades. A ressalva, como vimos, prende-se à especialidade da jurisdição eleitoral, critério também utilizado em relação aos membros do Poder Judiciário de

primeira instância (Juiz de Direito, Juiz do Trabalho, Juiz Federal etc.) e do Ministério Público da União.

7.3.3.1 Deputados Estaduais e Prefeitos

Também os deputados estaduais e os prefeitos submetem-se, em regra, ao critério da regionalização, desde que, porém, não se trate de crime *eleitoral* ou mesmo *federal*.

Explica-se: a competência dos Tribunais de Justiça para o julgamento dos crimes comuns praticados pelos deputados estaduais decorre do disposto no art. 27, § 1º, da CF, que prevê igual tratamento aos referidos parlamentares no que respeita à inviolabilidade e imunidades, e do contido na norma geral do art. 25, que explicita o princípio constitucional federativo.

Não há, como se percebe, nenhuma determinação expressa de foro privativo aos deputados estaduais, pelo que o campo de exercício de seus poderes, e daí sua responsabilização penal, deverá se limitar ao âmbito da jurisdição do Poder Público estadual, no que respeita às infrações a bens e valores cuja proteção não se estenda aos interesses federais da União.

Assim, todos os crimes da competência da Justiça Estadual, quando praticados pelos deputados estaduais, serão julgados pelo Tribunal de Justiça, incluindo os crimes dolosos contra a vida, conforme veremos.

Quando, ao contrário, a infração for praticada em detrimento de bens, serviços e interesses da União, autarquias e empresas públicas, aplicar-se-á o previsto no art. 109, IV, da CF, combinado com o disposto no art. 27, antes referido, a ditar a competência do E. Tribunal Regional Federal, já que não existe foro privativo *em primeira instância*. Nesta hipótese, definida a jurisdição *federal*, em razão do delito, manter-se-ia, aqui por *simetria*, a segunda instância equivalente ao Tribunal de Justiça – foro natural dos deputados estaduais –, o que indicaria a competência do TRF.

Tratando-se de crimes eleitorais, a competência será do Tribunal Regional

Eleitoral.

Assim, nos 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*."

E como ficaria a competência nos crimes militares praticados por prefeitos e deputados estaduais, que, como se sabe, não são da competência da justiça estadual comum? A leitura, pura e simples, da Súmula 702 indicaria a competência dos Tribunais de Justiça Militares. É o que veremos a seguir.

Antes disso, a representação gráfica abaixo poderá facilitar a compreensão geral da matéria:

Jurisdição competente	**Executivo**	**Judiciário**	**Legislativo**	**Out**
STF	Presidente, Vice-Ministros e Advogado-Geral da União	Membros dos Tribunais Superiores, incluindo o STF	Membros do Congresso Nacional	Procu Gera Repú Comar das F Arma Memb Tribur Conta Uniã Chefe mis diplon
STJ	Governadores	Membros	–	Membr

		dos TRF, dos TRE, dos TJ e dos TRT		dos Tribun Contas Estado Distrito Federa Municí memb Ministe Públic União atuam perant Tribun
TRF TJ TRE (somente para crimes eleitorais)	Prefeitos	Juízes de Direito, Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes Militares da União	Deputados estaduais	Memb Minis Públi União MPT, MP do do Mir Púb Esta

7.3.3.2 A extensão dos foros privativos nas Constituições Estaduais

Questão das mais atuais e debatidas diz respeito à definição do âmbito do poder constituinte estadual, no que se refere à possibilidade de instituição, nas respectivas Cartas Políticas, de foros privativos, por prerrogativa de função.

Pois bem.

Observa-se por primeiro, e, como não poderia deixar de ser, que há que se buscar a identificação do juiz *natural*, isto é, do juiz constitucional. Assim, não se pode pensar que as Constituições dos Estados pudessem afastar ou modificar as regras de distribuição de competência jurisdicional postas na Constituição da República.

Exatamente por essa razão, a Súmula 721 do Supremo Tribunal Federal consolida o seguinte entendimento: "*A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual*." Mais recentemente o mesmo Tribunal alçou esta Súmula a o *status* de Vinculante, preservando seu texto e alterando apenas a numeração (Súmula Vinculante 45).

Não há dúvida. Se afirmada a competência na Constituição Federal, somente a própria Constituição poderia prever ressalvas em relação à distribuição de competências nela efetivada. É o que ocorre, por exemplo, em relação aos membros da magistratura – art. 96, III, e art. 108, I –, para os quais é ressalvada a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais, quando se tratar de crimes *eleitorais*, permanecendo, todavia, os foros privativos do Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, para as demais infrações penais.

Em relação aos prefeitos e deputados estaduais, como também já visto, o foro definido na Constituição Federal, isto é, o Tribunal de Justiça – art. 29, X, e art. 27, § 1º – deve limitar-se aos crimes da competência estadual. É verdade que a Súmula 702 do STF somente se refere ao prefeito. É ver: "*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*."

Sem embargo, e ainda que a Constituição Federal não especifique nenhum foro privativo para os deputados estaduais, limitando-se a permitir que as Constituições dos Estados lhes reservem o mesmo tratamento dado aos parlamentares da República, a eles também se aplicará o contido na aludida súmula. Assim é exatamente em razão do sistema constitucional de *simetria* no tratamento de funções relevantes do Poder

Público; e tal como ocorreu em relação aos membros do Judiciário, da União e dos Estados, do Ministério Público, e de outras autoridades, estaduais e federais, pensamos que também a eles se deve aplicar o mesmo tratamento. Do contrário, eles seriam julgados no Tribunal de Justiça *em quaisquer infrações penais*, incluindo os crimes eleitorais, entendimento esse não reconhecido na jurisprudência de nossos tribunais.

A questão central, no entanto, é a seguinte: podem as Constituições dos Estados criarem foros privativos para *outras autoridades* não apontadas na Constituição da República?

E, outra: sendo possível, tal prerrogativa se imporia *fora do âmbito* das Justiças dos Estados?

A resposta a tais indagações foi positiva aos olhos da Suprema Corte por um tempo.

Contudo, houve significativa alteração jurisprudencial em 2019, quando o Plenário do STF decidiu, por maioria, que a Constituição Estadual não pode criar prerrogativa de foro sem seguir um paralelo com a Constituição Federal. Assim, rejeitou-se a possibilidade de essa prerrogativa ser concedida a procuradores de estado, procuradores das assembleias legislativas, defensores públicos e delegados de polícia (ADI 2.553/MA, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, 15.05.2019). Por outro lado, reconheceu que o vice-governador, os secretários de Estado e o comandante dos militares estaduais possuem prerrogativa de foro *independentemente* da fixação por parte das Constituições Estaduais. Esta é – e era – precisamente a nossa posição a respeito do tema.

Feitas tais considerações, cumpre responder: e os crimes militares? Estariam eles incluídos na competência do Tribunal de Justiça, ou seja, na competência da Justiça Estadual comum, ainda que assim não se qualifiquem?

Nas edições anteriores não atentamos para o problema, provavelmente em razão de cuidarmos aqui do processo penal comum e não do processo penal militar.

No entanto, como a questão, essencialmente, é de índole constitucional, vamos a

ela.

Para nós, que não admitimos a competência residual das Constituições dos Estados para fixarem foros privativos por prerrogativa de função, tendo em vista que o juízo de *relevância* das funções já teria sido feito pelo constituinte de 1988, o problema se reduziria aos casos de crimes militares praticados por ocupantes dos cargos de prefeito e de deputado estadual, que, como vimos, também têm foro na Constituição da República.

Relembre-se de que, em relação a eles, não há ressalva expressa de quaisquer outros crimes, como ocorre, por exemplo, com os juízes estaduais, cujo foro é o Tribunal de Justiça, salvo se eleitoral a infração, quando será o Tribunal Regional Eleitoral.

Em princípio, então, a competência para o julgamento das citadas autoridades seria do Tribunal de Justiça, ressalvadas as jurisdições especiais, como é o caso da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar, além da competência comum da Justiça Federal É o que parece sugerir a citada Súmula 702, do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que a Justiça Militar dos Estados também integra a jurisdição estadual, fato este do conhecimento do constituinte de 1988, que, nada obstante, apontou o Tribunal de Justiça para o julgamento dos prefeitos (art. 29, X), sem especificar ou ressalvar outras jurisdições. Por que então a exceção quanto aos crimes eleitorais e federais?

Como já vimos, a ressalva parece fundar-se na posição do cargo de prefeito no contexto político da configuração nacional dos poderes públicos, incompatível com um grau de menor flexibilidade em relação aos foros privativos, como ocorre, primeiro, com o Presidente da República, depois, com os Governadores, e, por fim, com os magistrados, membros do Ministério Público e outros com foro privativo expresso nos Tribunais de Justiça.

Assim, a nosso aviso, já que a Justiça Militar dos Estados está sob a organização dos respectivos Estados-membros, poderiam eles, por ocasião da elaboração de suas Constituições, ressalvar a competência nos crimes militares, no âmbito da respectiva jurisdição (estadual). Então, já flexibilizado o foro constitucional dos Tribunais de Justiça nos crimes eleitorais e nos crimes federais, por força de interpretação

sistemática, não vemos problemas na especificação, nas Constituições dos Estados, da competência da Justiça Militar para os crimes militares para prefeitos e deputados estaduais, com o que se garantiria a prerrogativa de julgamento em órgão de segunda instância. Ausente previsão nas Constituições dos Estados, estaria mantida a competência do Tribunal de Justiça.

E, finalmente, para aqueles que admitem que as Constituições dos Estados podem dispor sobre foros privativos, elegendo autoridades *não contempladas* na Constituição da República, a questão torna-se ainda menos complexa. Com efeito, nada impede que se fixe ali a competência dos Tribunais de Justiça Militares para o processo e julgamento de crimes militares das autoridades mencionadas na decisão do Supremo Tribunal Federal, além, é claro, dos prefeitos e dos deputados estaduais.

7.3.4 Prerrogativa de função e natureza do crime

Uma vez assentada a jurisdição privativa em razão do exercício de determinadas funções, caberia indagar acerca da rigidez de tais competências, isto é, se os apontados foros *privativos* conteriam quaisquer exceções, independentemente da natureza da infração penal por eles praticada.

Nesse ponto, é importante relembrar, também na linha da orientação da jurisprudência da Suprema Corte, que, em tema de foro privativo por prerrogativa de função, a dicotomia adotada na jurisdição penal brasileira biparte-se na definição de crimes *comuns* e crimes de *responsabilidade*. E só.

Assim, entre os crimes *comuns* estão incluídas, unicamente para tais finalidades (determinação de foro privativo), *todas* as infrações penais que não constituam crimes de *responsabilidade*, visto que estes estão submetidos à jurisdição *política*.

Por isso, quando se afirma que o deputado federal será julgado no Supremo Tribunal Federal nos *crimes comuns* (art. 102, I, *b*), naquele Tribunal haverá ele de ser processado em quaisquer infrações penais, quer se trate de crime *eleitoral*, quer se cuide de crime *doloso contra a vida* e mesmo crime *militar*. A razão é simples, embora questionável *a opção política*, ao menos em relação aos crimes dolosos

contra a vida: é que o critério é fixado *em razão da função* exercida pelo agente, e não em razão da *matéria*.

Nos demais casos, as exceções, quando existentes, deverão, obviamente, estar contidas em norma constitucional específica. Já as veremos. É nesse sentido a Súmula 721 do Supremo Tribunal Federal: "*A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido* ***exclusivamente pela Constituição estadual***." Ora, não só a competência do Tribunal do Júri, observaríamos nós, mas qualquer competência fixada na Constituição *Federal*, que é o instrumento por meio do qual se determina o *juiz natural*.

Como se constata, de início, os foros privativos atribuídos ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF) e ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, CF) não contemplam nenhuma exceção, com o que se pode afirmar que, em tais casos, a regra de fixação de competência é rígida.

Já em relação ao foro privativo dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, o texto constitucional traz ressalva expressa, em razão da natureza da infração: as pessoas que têm ali o seu foro privativo serão, nos crimes *comuns*, como regra, julgadas naqueles tribunais, à *exceção* – única exceção – dos crimes *eleitorais*, quando a competência será do Tribunal Regional Eleitoral (arts. 96, III, e 108, I,*a*). Como já estudado, a competência será do tribunal, e não do Juiz Eleitoral, seja por aplicação da regra da simetria, seja em consideração à própria fundamentação da existência de foros privativos, isto é, a atribuição de julgamentos a órgãos *colegiados*.

Por último, se o critério em relação às pessoas que têm foro privativo nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça já não é tão rígido, admitindo-se a competência excepcional dos Tribunais Regionais Eleitorais para os crimes eleitorais, a prerrogativa de função dos *deputados estaduais* e *prefeitos municipais* é ainda *menos rígida*. Em relação a eles, o foro privativo na jurisdição do Tribunal de Justiça somente se aplicará quando se tratar de crimes da competência *estadual*, ficando, portanto, ressalvada a competência da Justiça Federal – nos crimes federais, quando será do Tribunal Regional Federal –, da Justiça Eleitoral (nos crimes

eleitorais, cuja competência desloca-se para o Tribunal Regional Eleitoral) e até mesmo da Justiça Militar da União (na hipótese de crime militar), e da Justiça Militar dos Estados, se previsto na respectiva Constituição estadual.

Observe-se a representação gráfica a seguir.

Jurisdição competente	**Critério de foro privativo, quanto à natureza da infração**
STF e STJ	Foro privativo fixo, independentemente da natureza da infração.
TRF e TJ	Foro privativo móvel, em relação aos crimes eleitorais, quando a competência será do Tribunal Regional Eleitoral.
TJ	Deputados estaduais e prefeitos, para crimes de competência estadual. E, como vimos, autoridades com foro previsto nas Constituições dos Estados. Se crime federal ou eleitoral: TRF e TRE, respectivamente.

7.3.5 Processo e procedimentos

7.3.5.1 Competência originária

Tratando-se de foro privativo por prerrogativa de função, a competência é fixada nos tribunais *originariamente*, isto é, o conhecimento da causa é atribuído, desde a *origem*, à jurisdição colegiada, suprimindo-se a primeira instância.

Consequência disso é que, em tais hipóteses, ou seja, nos casos de julgamento de ação penal de competência originária, não há de se falar em duplo grau de jurisdição,

não se admitindo a utilização das vias recursais ordinárias, como ocorre da primeira para a segunda instância. Assim, julgado o processo na sua origem (STF, STJ, TRF TJ ou TRE), somente serão manejáveis, se cabíveis, os recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), ou, também quando couber, o *habeas corpus* constitucional, nas hipóteses expressamente previstas nos arts. 102, I, *i*, e 105, I, *c*. Importa assinalar, aqui, que semelhante instrumento processual não ostenta feição recursal, mas, como se verá, verdadeira ação de impugnação (STF – RHC nº 79.785/RJ, *DJU* 29.3.2000 – *Informativo STF* nº 183).

Questão mais saliente, porém, diz respeito à aplicação de dispositivos processuais de natureza infraconstitucional, notadamente aqueles relativos ao *lugar* da infração.

A regra em sede de competência na legislação ordinária é aquela prevista no art. 70 do CPP, segundo o qual a competência será determinada pelo lugar da infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que se praticou o último ato de execução. A razão de ser do referido critério dispensa maiores reflexões. É até mesmo intuitiva a conclusão no sentido de que é no lugar em que se praticou a infração penal que melhor se instruirá a futura ação judicial, diante do conjunto probatório que, em regra, ali se encontra alojado, sobretudo no que respeita à prova *testemunhal*.

Entretanto, tratando-se de competência por prerrogativa de função, a adoção de tal critério vem sendo sistematicamente rejeitada pela doutrina e pelos tribunais, estando já consolidado o entendimento segundo o qual a competência caberá sempre ao Tribunal a que se achar *vinculada* a respectiva autoridade.

Ora, em relação à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a questão não oferece qualquer dificuldade porque ambos estão sediados em um único local.

O problema se fará presente, porém, quando se tratar de matéria submetida aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais de Justiça.

Se a explicação normalmente utilizada para a adoção de foros privativos para determinados ocupantes de cargo público reside na necessidade da atuação jurisdicional colegiada (tribunais), em atenção também a maior experiência judicante

de seus membros, por que razão um prefeito de determinada cidade de Minas Gerais que comete homicídio em outra cidade do interior de qualquer outro Estado deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais?

Não há como argumentar com uma suposta vinculação do prefeito ao Tribunal de Justiça do Estado a que pertence o seu Município, já que, como é óbvio, a única vinculação que poderia haver em uma tal perspectiva seria, quando muito e sob específicas e localizadas ponderações, uma vinculação de natureza *política* do Município ao Estado-membro, que nada diz respeito à questão jurisdicional. Aliás, uma das preocupações que norteiam a fixação de competência por prerrogativa de funções é exatamente com a possibilidade da prejudicial intervenção de pressões externas sobre o órgão judicante. Por isso, muito mais razoável, parece-nos, seria a aplicação do disposto no art. 70 do CPP nos casos sujeitos à competência dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais de Justiça.

Não é esta, porém, como já ressaltamos, a orientação prevalecente. Prevalece a regra da competência do Tribunal a que estiver *regionalmente* vinculada a autoridade.

7.3.5.2 O exercício efetivo do cargo

Com a Lei nº 10.628/02, que alterou o disposto no art. 84, CPP, pretendeu-se reviver antiga jurisprudência da Suprema Corte (Súmula 394), que propugnava que, *uma vez praticado o crime no exercício de função com prerrogativa de foro*, se manteria a competência do respectivo Tribunal, ainda quando já fora do cargo o seu autor.

Assim, o § 1º, art. 84, CPP se referia à manutenção da competência por prerrogativa de função em relação aos *atos administrativos* praticados pelo agente, enquanto o § 2º do mesmo dispositivo cuidava da equiparação entre a ação de improbidade administrativa e a ação penal, para fins de fixação do foro competente em razão da função exercida.

Evidente invasão legislativa em matéria de competência constitucional.

O princípio do juiz natural estrutura-se, como vimos, em duas bases normativas (e constitucionais): na vedação do tribunal de *exceção*, a impedir o estabelecimento de foro fundado em critérios *pessoais, após* a prática do delito, com o que se afirma também a garantia do juiz *imparcial*; e na distribuição da competência judicial pela Constituição da República, consoante o disposto no art. 5º, LIII, da CF, no sentido de que "*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*".

A competência de jurisdição, portanto, é aquela posta na Constituição da República, primeiro como *garantia individual* e segundo como estruturação e repartição constitucional do poder de jurisdição. É na Constituição que se elege a competência *ratione materiae* e *ratione personae* – e, mais, remete-se à legislação ordinária a competência *em razão do lugar*.

E, por isso, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu e afirmou a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, por ocasião do julgamento das ADI 2.797 e 2.860, sendo Relator o eminente Min. Sepúlveda Pertence, e de ambos os parágrafos do art. 84.

Assim, quanto ao foro por prerrogativa em matéria criminal, fica assentado que a competência do respectivo Tribunal estará condicionada ao exercício do cargo.

Observe-se que a ação penal em relação a tais pessoas *ainda* pode apresentar caráter *itinerante*, acompanhando o fim do exercício do cargo ou função pública, desde que a instrução processual não tenha se encerrado. Veja-se que, na AP 937/RJ, relatada pelo Ministro Roberto Barroso e julgada em 3 de maio de 2018, entendeu-se que a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais seria o marco que definiria esse encerramento. Assim, findo o mandato de deputado federal de réu de determinada ação penal, seja por renúncia ou pelo transcorrer natural do tempo de mandato eletivo, os autos deverão ser remetidos ao juízo de primeiro grau para o prosseguimento do processo, salvo se a instrução já tiver sido finalizada, quando haveria, então, prorrogação de competência do juízo que instruiu o processo.

Eis uma questão polêmica: na Questão de Ordem na APN 874/DF (Rel. Min

Nancy Andrighi, por maioria, julgado em 15.05.2019), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entendeu que aquele tribunal não era competente para julgar um suposto crime cometido por um governador, sob o argumento de que o delito teria sido praticado no mandato *anterior*. Ainda que naquele caso concreto tenha havido um *hiato* entre os mandatos, que reforçou o argumento da ausência de contemporaneidade entre o atual mandato e o ato imputado, o teor dos votos parece insinuar que o raciocínio se aplicaria mesmo se fosse o caso de mandatos sucessivos.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, parece se orientar em direção diversa, pois consta no julgamento do quarto Agravo Regimental no Inq 4.435/DF, Rel. Min Marco Aurélio, julgado em 14.03.2019, a seguinte expressão: "*mostra-se desimportante a circunstância de os delitos haverem sido praticados em mandato anterior, bastando que a atual diplomação decorra de sucessivas e ininterruptas reeleições*". O ponto, todavia, não foi expressamente enfrentado pelos demais Ministros, de modo que não há como afirmar se tratar de uma posição consolidada naquela Corte. A nosso juízo, aludido entendimento é incoerente com a nova posição da Corte. Se o foro é justificado apenas *no exercício e em razão dele*, a continuidade do mandato não modifica o critério escolhido. O caso, portanto, é de não manutenção da prerrogativa, na linha da nova jurisprudência, esclareça-se bem.

Observe-se, enfim, que o foro privativo *deveria* ser mantido somente para os agentes políticos – que são os destinatários das prerrogativas de função – quando eles estivessem em *efetivo* exercício, não se estendendo àqueles que estiverem licenciados, ainda que no exercício de outra função para a qual não se assegure a mesma garantia. Todavia, outro é o entendimento do Supremo Tribunal Federal – como se vê no Inq. 3.345/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, 06.06.13 –, que se baseou no art. 56, II, do texto constitucional para defender que a licença não acarreta tecnicamente a perda do mandato, razão pela qual não haveria, então, alteração do juízo competente. Tal argumento só se sustenta, pensamos, sob um ponto de vista utilitário, visando a impedir eventual uso de manobras tendentes à manipulação deliberada do foro. No ponto, estamos de acordo. Mas, se considerarmos que o instituto visa proteger, primariamente, a função política em si e não seu ocupante, a

tese talvez soe um tanto frágil.

Nesse mesmo cenário, em Questão de Ordem na Ação Penal 937, o eminente Ministro Roberto Barroso, após tecer críticas à disfuncionalidade prática do sistema, que "é feito para não funcionar", votou pela limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito ao desempenho daquele cargo, além de fixar o final da instrução (com o despacho para apresentação de alegações finais) como marco a partir do qual a jurisdição do tribunal se *perpetuaria* – limitando, assim, o caráter *transitório* dos processos envolvendo réus com foro por prerrogativa de função. A tese foi acolhida pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, e, a partir desse julgado, estendeu-se o mesmo raciocínio aos demais cargos (embora a decisão se referisse expressamente a parlamentar federal, os demais tribunais têm aplicado esse entendimento a todos aqueles que detêm foro privativo).

Interessante *exceção* a essa regra se viu no julgamento da QO na APN 878/DF, quando a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu que aquela Corte era competente para julgar um crime cometido por um desembargador, mesmo sem relação alguma com o cargo. Argumentou-se ali que, se não fosse assim, o réu responderia à ação penal perante *juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal*, o que certamente poderia causar embaraços à carreira do magistrado de primeira instância, a depender do resultado do julgamento.

Não há como se reverenciar, contudo, a decisão da mesma Corte Especial na QO na APn 703/GO (Rel. Min. Benedito Gonçalves, por unanimidade, publicado em 09.08.2018), que optou por *prorrogar* a competência daquele tribunal em um processo cuja instrução ainda estava em andamento, devido ao iminente risco de *prescrição* do crime que ali se julgava. Ora, que o Estado deve mesmo buscar um modo de evitar a prescrição dos delitos não se questiona; mas o que não pode ser aceito sob hipótese alguma é a *subversão das regras do jogo*, gerando um *tratamento diferenciado e mais rigoroso* a determinados réus, sobretudo ao considerarmos que a prescrição não necessariamente decorre de manobras protelatórias por parte da defesa.

Ainda sobre o tema, anote-se que o Senado Federal recentemente aprovou Proposta de Emenda Constitucional (PEC 10/13) que extinguirá o foro por prerrogativa de função para a maioria esmagadora dos casos, restringindo-o apenas aos chefes dos três poderes da União. O Projeto segue tramitando na Câmara, já tendo sido aprovado pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) e recebido o apoio público de mais de um ministro do STF.

Por último: não será mais aplicável o disposto na parte final da Súmula 396 do STF, pelas mesmas razões já alinhadas.

7.3.5.3 Foro privativo e procedimento

O procedimento ou rito processual (ou procedimental) previsto para o julgamento dos acusados detentores de foro privativo, ou seja, para o julgamento dos crimes de competência originária, encontra-se atualmente regulamentado pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, bem como das demais regras de procedimento que constarem dos regimentos dos tribunais, não havendo qualquer exigência quanto ao órgão responsável pela ação penal, podendo o mesmo ser realizado por Turma, Câmara, Seção ou Plenário, garantindo-se apenas a formação colegiada.

A nosso aviso, a citada Lei nº 8.038/90 revogou parcialmente o rito previsto no Decreto-lei nº 201/67, no que respeita ao processo e julgamento dos crimes elencados no seu art. 1º, que, ao contrário do que ali se menciona, não constituem crimes de *responsabilidade*, mas, sim, crimes *comuns*, conforme tranquila orientação do Supremo Tribunal Federal (Ver item 7.3.1).

A prerrogativa do foro privativo alcança também o julgamento do incidente de exceção da verdade (art. 85, CPP), quando a autoridade pública for autora de ação privada, ou de representação (ou requisição do Ministro da Justiça) para fins de ação pública condicionada, na qual o réu (autor da calúnia) se disponha a provar a veracidade de suas afirmações.

Em tal situação, como no referido incidente processual (exceção da verdade), é feita a imputação da prática de fato que constitui crime, reclama-se a competência do

tribunal a quem caberá julgar a futura e eventual ação penal dela (imputação) decorrente. Note-se, porém, que ao tribunal do foro privativo competirá apreciar apenas o incidente de exceção da verdade, e não a ação penal proposta *pela* ou *em nome* da autoridade pública.

Assente-se, ainda, que os novos procedimentos trazidos pela Lei nº 11.719/08 não são aplicáveis aos ritos de competência originária, conforme, inclusive, se esclareceu, *a contrario sensu*, no art. 394, § 4º, CPP.

No entanto, como a modificação do interrogatório, que deixa de ser o primeiro e passa a ser o último ato da instrução, amplia as possibilidades defensivas, nada impede que se aplique *essa alteração de rito* também às ações penais originárias. Remetemos o leitor ao respectivo tópico (14.7.1).

7.3.5.4 Prerrogativa de função, concurso de agentes e concurso de crimes

Questão que pode apresentar alguma perplexidade está relacionada com a possibilidade da prática de crimes conexos e/ou continentes praticados em *concurso* (de agentes) por pessoas que possuam foro privativo por prerrogativa de função e aquelas que não o possuam, bem como entre as que possuam foro privativo distinto.

Pode ocorrer, por exemplo, que um deputado federal e um Governador de Estado, em concurso, pratiquem determinado crime. Como ambos têm foro privativo nas instâncias superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sabe-se a *natureza* da infração praticada é irrelevante, pois o foro, em princípio, permanecerá inalterado.

O problema aqui é de fácil solução.

Como ambos os tribunais detêm jurisdição *nacional* e um deles está situado no plano superior da hierarquia jurisdicional, deverá prevalecer a competência do Supremo Tribunal Federal (ainda que seja apenas para determinar o desmembramento do feito), da mesma maneira que ocorreria se os autores do fato fossem um deputado federal e uma pessoa sem qualquer prerrogativa de função. Aplica-se, portanto, o

disposto no art. 78, III, do CPP.

De fato, a regra do foro privativo em razão da função tem em vista a *relevância* da parcela de Poder Público exercida, daí por que se fixa o foro privativo com base em uma *simetria funcional*, elaborada a partir de critérios de uma fictícia equivalência de poder, como tentamos demonstrar.

Por isso, se o foro privativo originário do Governador de Estado é o Superior Tribunal de Justiça, que estaria no mesmo plano simétrico de poder, não há o menor inconveniente em submetê-lo à jurisdição do órgão da máxima hierarquia constitucional, como é o caso do Supremo Tribunal Federal. De outro modo: o Governador de Estado não tem o direito de ser julgado no STJ somente porque se trata do STJ, mas, sim, pela posição superior daquele tribunal na jurisdição nacional. Na linha de nosso entendimento, ver julgamento no Supremo Tribunal Federal (HC nº 84.465/PI, Rel. Min. Carlos Velloso, 26.10.2004), no qual se decidiu pela competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento de infração penal imputada a Promotor de Justiça e Desembargador.

Anote-se desde logo que em fevereiro de 2014 o Supremo Tribunal Federal, por meio do seu Plenário, determinou que o órgão superior na hierarquia judicial deve, em regra, desmembrar a ação a fim de que os detentores de foro privilegiado sejam julgados pelos respectivos tribunais, e aqueles que não possuem essa prerrogativa sejam processados na primeira instância (Inq 3.515 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13.02.2014). Contudo, a decisão não invalida o raciocínio exposto *supra*, na medida em que a decisão *acerca do desmembramento* de fato competirá àquele órgão que ocupar posição mais elevada na hierarquia judicial. Isso porque haverá casos – principalmente os que envolvem o instituto da continência, como veremos mais adiante – em que a separação dos réus não será medida adequada, considerando a possibilidade de julgamentos diversos para fatos idênticos e também a dificuldade de processamento quando houver um número expressivo de corréus. Aliás, a própria tese esposada pelo Supremo Tribunal Federal declara expressamente essa ressalva.

Tratando-se, porém, de concurso de agentes na prática de crimes dolosos contra

vida, a regra da continência (art. 77, CPP) entre o mesmo deputado federal e outra pessoa sem foro privativo deverá seguir outra solução.

Observamos, antes, que o tema aqui abordado diz respeito a duas ordens de interesses, igualmente constitucionais, a saber: o princípio do juiz natural e o princípio da unidade da jurisdição, aqui traduzido na exigência de *coerência das decisões judiciais*, para um único e mesmo fato.

Quando o concurso for de crimes (com pluralidade de ações) *e de agentes*, isto é, quando se tratar de reunião de processos a ser determinada pela conexão (art. 76, CPP), pode-se perfeitamente sustentar a *separação obrigatória* dos processos, remetendo cada crime ao órgão competente, ainda que possa haver inconveniência probatória e procedimental na separação. É nesse sentido a mencionada decisão do STF (Inq 3515/SP).

No entanto, quando se cuidar da hipótese do art. 77, I, do CPP, como é o caso do exemplo anteriormente mencionado (*continência*), a questão assume maior complexidade, porque ambos os autores são acusados de um único e mesmo fato.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firme no sentido da separação obrigatória dos processos (STF – HC 69.325/GO, Pleno, Rel. p/acórdão, Min. Marco Aurélio, jul. 17.8.1992), em atenção à regra constitucional que institui como garantia individual o julgamento pelo Tribunal do Júri nos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, CF), remetendo o deputado federal para o seu foro privativo, isto é, o STF. Nesse ponto, estamos de acordo, mas a fundamentação merece maior extensão e profundidade.

Ora, a Justiça Federal, cuja competência vem expressa no art. 109, da CF, é também o juiz natural para o julgamento dos crimes ali alinhados e, tal como o Tribunal do Júri, tem a sua jurisdição firmada como garantia individual, pois ninguém será processado nem sentenciado *senão pela autoridade judiciária competente*, nos termos do art. 5º, LIII, da CF.

É por isso que, no concurso de agentes entre um deputado federal e outro sem foro privativo, quando acusados da prática de crime da competência do Juiz Federal, deve haver também separação obrigatória de processos, para o fim de se preservar o juiz

natural. Em direção oposta, a Súmula 704 do STF é no sentido de que a atração da competência do foro privativo de um dos réus não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal. O entendimento sumulado, porém, tornou-se agora exceção. A regra, como já visto, passou a ser o desmembramento.

Quando se tratar de crimes dolosos contra a vida envolvendo tanto réus detentores de prerrogativa de foro quanto outros que não a possuem, porém, torna-se **impossível** outra solução que não a separação obrigatória. Isto porque, a nosso aviso, o Tribunal do Júri exerce uma jurisdição absolutamente singular. Ao contrário das demais, eminentemente *técnicas*, pode-se afirmar que a jurisdição exercida pelo Conselho de Sentença é, na realidade, uma jurisdição *popular*, em que o homem é *julgado pelos seus pares*. Por essa razão preponderante, e não por uma necessidade de afirmação da prevalência do juiz natural, é que entendemos absolutamente necessária a separação dos processos, ainda que haja prejuízo para a unidade e coerência das decisões judiciais.

A se registrar antiga divergência da 2ª Turma do STF, no julgamento do HC 83.583/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, entendendo que mesmo nos casos de crimes dolosos contra a vida deveria se realizar a reunião de processos (no foro privativo), quando um dos acusados gozar de prerrogativa de função. Note-se que a decisão faz remissão a um precedente que apontamos *supra* (HC 69.325/GO), que é em sentido diverso desse sufragado pela 2ª Turma! Isso bem demonstra o caos casuístico que era a jurisprudência daquela Corte no que tange esse tema, antes da pacificação em 2014.

Ainda mais complexa será a hipótese de concurso de agentes, pela prática de um mesmo fato (art. 77, I, CPP, a ditar a reunião por *continência*), quando se tratar, por exemplo, de um Juiz de Direito e de um Juiz Federal. Um e outro têm foro privativo no Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal, respectivamente. A hipótese é mesmo intrincada, *enquanto estivermos falando de continência* e não de conexão. Na continência, a conduta *é uma só;* na conexão, não. Por isso, é na continência que existe o risco de decisões contraditórias *sobre o mesmo fato*.

A solução mais adequada, segundo nos parece, seria desprezar a nova orientação do STF e aplicar o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 122 do STJ

no sentido de que, no concurso entre a competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual, deve prevalecer a da primeira, que tem jurisdição fixada expressamente na Constituição.

Nesse caso, o prejuízo ao princípio do juiz natural, em relação ao Juiz de Direito, com efeito, seria minimizado não só em razão de se preservar a garantia de julgamento por um órgão da jurisdição de segundo grau, mas, sobretudo, pela afirmação *da unidade de julgamento*, solucionando-se do mesmo modo um único e mesmo fato!

A maior dificuldade, no caso, seria a do preterimento de uma prerrogativa de função, fixada constitucionalmente. Como veremos, no concurso entre crimes conexos e/ou continentes (o STF considera idêntico o tratamento para as duas situações, o que nos parece equivocado!) da competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual, prevalecerá o da primeira (somente quando não for conveniente o desmembramento!), segundo entendimento já sumulado na jurisprudência do STJ (Súmula 122). O motivo a competência federal vem *expressamente* definida, ao contrário da estadual, que seria *residual*.

Entretanto, impende observar que tanto a competência da Justiça Federal quanto a da Estadual são fixadas constitucionalmente, daí por que se constituem, ambas, no *juiz natural* para os crimes federais e para os crimes estaduais, respectivamente. A opção pela reunião de processos somente pode ser explicada pela necessidade de se preservar o princípio *da unidade e coerência das decisões judiciais*.

Sendo a hipótese de *conexão*, deverá ser feita a *separação dos processos*, ainda que em prejuízo da instrução de ambos.

Relembre-se que o STF manteve a competência do Tribunal de Justiça para o julgamento de uma ação penal proposta em face de crime contra o INSS, que contava entre os acusados com um Juiz de Direito (STF – HC nº 68.846/RJ – Plenário*DJU* 16.06.1995; no mesmo sentido, a 1ª Turma do STF reafirmou o entendimento no AI 809.602 AgR/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 18.10.2011). Tratando-se de crime *federal*, o juiz natural dos demais réus (que não o Juiz de Direito, por força do art. 96, III, CF) seria o*Juiz Federal*, nos termos do art. 109, IV, da CF. Optou-se,

entretanto, pela *reunião* dos processos para julgamento unificado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foro privativo do Juiz de Direito então acusado.

A solução, efetivamente, não merece reparos. É de se lembrar, ao propósito, que, em relação aos Juízes de Direito, há a previsão de norma de conteúdo *geral* – competência privativa do Tribunal de Justiça (art. 96, III, CF) – aliada a outra, de natureza *subsidiária* ou de *exceção*: a ressalva em relação aos crimes eleitorais. Assim, e por isso mesmo, não tendo sido ressalvadas *outras* competências, não se poderia submeter o Juiz de Direito ao Tribunal Regional Federal.

Observa-se, portanto, no julgamento antes mencionado, que não seria a primeira vez que se afastaria o juiz natural para a preservação de outro princípio igualmente constitucional. O que causa perplexidade no exemplo que oferecemos (concurso por continência entre Juiz de Direito e Juiz Federal) é que o princípio do juiz natural, nesse caso, teria sido fixado *não em razão da matéria*, mas em razão da *prerrogativa de função*. Para nós, nenhum inconveniente, já que seria mantida a exigência de órgão jurisdicional de segunda instância (Tribunal Regional Federal) para o referido julgamento.

Outra questão de significativa relevância em tema de concurso de agentes diz respeito à frequente alegação no sentido de que a eventual reunião de processos no órgão colegiado (foro privativo) implicaria o afastamento do duplo grau de jurisdição para aquele que não a detém. Tratando-se de crime de competência originária, como vimos, estaria sendo trancada uma via recursal *ordinária* do acusado que não gozasse de foro privativo por prerrogativa de função.

Embora ponderável a argumentação, é bem de ver que o duplo grau de jurisdição tem por escopo impedir que o acusado seja julgado exclusivamente por um *único* juiz. Pelo princípio do duplo grau afirma-se o compromisso do Estado com a possibilidade de revisão dos atos judiciais, por órgão de superior hierarquia jurisdicional, de quem se espera maior experiência e formação judicante. Com ele se permite a apreciação do *fato* pelo juiz da causa, que é o responsável pela coleta do material probatório, bem como o duplo reexame da *questão de direito*, ou seja, pelo juiz de primeira

instância e também pelo tribunal.

Pois bem, tratando-se de crime da competência originária, é o próprio tribunal quem realiza as duas funções judicantes: a coleta do *material probatório* e a apreciação da questão de *direito*. É de se ver, ainda, que, dependendo do Regimento Interno dos Tribunais (art. 2º, Lei nº 8.038/90), o julgamento poderá ser feito pelo próprio *plenário* do tribunal, o que satisfaria, com vantagem, a exigência de apreciação *coletiva* do caso penal. No sentido de não haver violação ao duplo grau em tais casos, veja-se o julgamento, na Suprema Corte, do RHC nº 79.785/RJ,*DJU* 29.3.2000 – *Informativo STF* nº 183, *DJ* 22.11.2002.

Aliás, trata-se de questão pacificada na jurisprudência, nos termos da Súmula 704 do STF: "*Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*". Importante ressaltar, ainda mais uma vez, a exceção que deve ser feita em relação ao concurso por *continência* – duas ou mais pessoas acusadas da prática de um mesmo fato – lógica que a Suprema Corte problematicamente estende à conexão.

Quanto ao mais, não vemos maiores dificuldades para a adoção da reunião de processos junto ao foro privativo, para processamento da ação originária.

Sobre o tema, mais se dirá adiante, quando tratarmos da competência territorial e dos critérios para a identificação do foro prevalecente nas hipóteses de conexão e continência.

7.4 Imunidades materiais e imunidades formais ou processuais

De modo geral, a doutrina brasileira costuma distinguir as chamadas imunidades *materiais* das imunidades ditas *formais*, também denominadas *processuais*. As materiais têm esse nome em razão de *excluírem* a criminalidade e/ou a punibilidade de determinadas condutas, quando praticadas por determinados agentes políticos. A exclusão da criminalidade significa a *inexistência de crime* – seja como excludente de ilicitude ou da própria tipicidade, como querem uns e outros –, enquanto a

exclusão da punibilidade atinge o interesse da pretensão punitiva.

Com efeito, quando a Constituição da República estabelece que os deputados federais e os senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras ou votos (art. 53), o que se está afirmando é a necessidade de proteção do regular e relevante exercício do mandato parlamentar, cuja liberdade de atuação poderia ser imensamente restringida sob o receio de eventuais consequências jurídicas da livre manifestação de suas opiniões. Por isso, ou exatamente por isso, a tutela constitucional somente incide quando o voto, a palavra e a opinião do parlamentar estiverem diretamente ligados ao efetivo exercício do cargo ou forem proferidas *em razão dele*. Em tais situações, não estará presente ou configurado o *desvalor da ação*, imprescindível na caracterização do ilícito penal.

As imunidades *materiais* – ou seja, de direito material, penal-constitucional – subsistirão até mesmo durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva e, ainda, somente na hipótese mencionada no disposto no art. 53, § 8º, da CF.

Ainda no âmbito parlamentar, tanto os deputados estaduais (art. 27, § 1º, CF) quanto os *vereadores* (art. 29, VIII, CF) têm direito à inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos, *limitada*, porém: (a) em relação aos primeiros, à circunscrição do Estado, no âmbito local daquela atuação; e (b) em relação aos segundos, no que se referir aos fatos praticados ou referidos à circunscrição do Município, isto é, não se estendendo a manifestações que ultrapassem as fronteiras da política local.

Gozam também de imunidade material os agentes diplomáticos, bem como os membros de sua família e servidores da Embaixada. Os agentes consulares e seus familiares, e também seus empregados, somente gozarão de imunidade material *relativa*, isto é, limitada às infrações praticadas no exercício de suas funções. Como se observa, a fundamentação de tais imunidades é completamente distinta daquela dos parlamentares, ligando-se exclusivamente a razões de política internacional – razões de Estado –, não significando, portanto, que as condutas praticadas por tais agentes não sejam desvaloradas. E, também por essa razão, semelhantes imunidades são

estabelecidas em favor do Estado *acreditante* – e não de seus representantes diplomáticos, que atuam nas relações de direito público entre os Estados envolvidos, ou consulares, que representam os interesses comerciais do Estado –, que, querendo, pode perfeitamente renunciá-las.

Em acréscimo, registre-se a inviolabilidade pessoal e da sede do órgão para os agentes diplomáticos, incluindo transporte e bagagem. Mais. Eles não são obrigados a depor como testemunhas em processo judicial. Esclareça-se, por fim, que a imunidade aqui apontada é da *jurisdição* brasileira; se o fato constituir crime no Estado *acreditante*, o agente deverá responder naquela jurisdição. A matéria aqui abordada se encontra regulada nas Convenções de Viena, para as Relações Diplomáticas e para as Relações Consulares, conforme o disposto no Decreto Legislativo nº 103/64 (que a aprova) e Decreto nº 56.435/65 (que a promulga), bem como Decreto Legislativo nº 6/67 (que a aprova) e Decreto nº 61.078/67 (que a promulga). Ver arts. 30, 31 e 32 (Relações Diplomáticas) e arts. 43 e 45 (Relações Consulares).

Já as imunidades *formais* ou *processuais*, como a última expressão indica, dizem respeito *não à qualidade do fato praticado*, mas às *condições de sua punibilidade*.

A partir da vigência da Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, não mais se exige a autorização (licença) do Congresso Nacional para o recebimento de ação penal instaurada contra quaisquer de seus membros. O que poderá ocorrer agora, estando já recebida a denúncia, e desde que se trate de crime comum praticado após a diplomação, é a suspensão do processo e do prazo prescricional, por decisão da Casa respectiva (Senado ou Câmara dos Deputados), por voto da maioria de seus membros (art. 53, §§ 3º e 5º, CF). E tratando-se de norma constitucional, nem há de se indagar acerca de sua eficácia no tempo, aplicando-se, imediatamente, a todos os feitos pendentes. Nesse sentido, o STF: Inq. nº 1.344-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Informativo STF* nº 315, agosto de 2003, p. 4.

Em relação aos parlamentares estaduais, a exigência de licença prévia também era possível, desde que assim previsto na respectiva Constituição Estadual (art. 27, § 1º, CF).

Por isso, diante da citada Emenda Constitucional nº 35/01, não será exigível a

licença, podendo ser aplicada, contudo, a regra da suspensão do processo por deliberação da Casa Legislativa, nos mesmos moldes previstos para o Legislativo da União, cabível, então, tanto para os processos em julgamento perante o Tribunal de Justiça quanto para aqueles em tramitação perante os Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais Federais.

No que se refere aos integrantes do Executivo, pode-se apontar a imunidade *formal* deferida ao Presidente da República, que, na *vigência de seu mandato*, não pode ser processado por atos estranhos ao exercício de suas funções, o que importa verdadeira suspensão da ação penal até o final do mandato (art. 86, § 4º, CF), bem como a exigência de licença prévia da Câmara dos Deputados (pelo *quorum* de dois terços), para o início da ação penal nos demais crimes. Para os Governadores dos Estados, no entanto, reserva-se tratamento distinto. Em 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou desnecessária a autorização legislativa para o processo e julgamento da referida autoridade no caso de crimes *comuns*, mesmo quando a Constituição Estadual contenha expressamente a regra (que se torna a partir de então vedada) – STF, ADI nº 5.540/MG, Rel. Min. Edson Fachin, 03.05.17). Todavia, ressalvou-se como não poderia ser diferente, a impossibilidade de afastamento obrigatório do cargo como mera decorrência do recebimento da denúncia pelo Tribunal competente. Caberá ao juízo, fundamentadamente, decidir sobre aplicação de eventuais medidas cautelares penais, dentre as quais se encontra o afastamento *temporário* (máximo de 180 dias) do cargo. No caso de crimes de responsabilidade, porém, a necessidade de autorização do Legislativo persiste.

Relativamente às prisões e medidas cautelares em relação a estas pessoas, deixamos o tema para exame no momento oportuno (Capítulo 11). Adiante-se, porém, a decisão do Plenário do STF que, no julgamento do HC 102.732/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, reconheceu a validade da decretação de prisão preventiva contra Governador de Estado, afastando a invocação, por simetria, do art. 51, I, CF (licença para o processo contra o Presidente e Vice).

Já em relação aos prefeitos – e também aos vereadores, acrescentaríamos –, autoridades locais que são, não se poderia falar em semelhante prerrogativa, mesmo

que fosse prevista em Constituições do Estado, por ausência de autorização constitucional para o tratamento simétrico.

7.5 Competência em razão da matéria (*ratione materiae*)

Como já adiantado, a distribuição constitucional de competência visa atender aos interesses da otimização do exercício da jurisdição, com a criação de Justiças *especializadas* em determinadas *matérias*, com o que se pode falar em competência *ratione materiae*.

Normalmente, reserva-se a expressão *Justiça especializada* como referência à Justiça *Militar, Eleitoral*, no âmbito da jurisdição penal, e à Justiça *Trabalhista*, em matéria não penal. Fala-se em Justiça *Comum* quando se quer aludir à competência da Justiça *Estadual* e à da Justiça Federal.

Entretanto, é bem de ver que qualquer distinção que se faça entre uma e outra jurisdição somente é explicada em razão das diferentes *matérias* atribuídas à competência de cada uma delas. É nesse sentido que nos referimos à *especialização*, a dizer que todas, em certa medida, são efetivamente *especializadas* em determinadas matérias.

Assim, a Justiça Federal, no âmbito criminal, que é o que nos interessa, é especializada em crimes *federais*. Não obstante, recebe o tratamento de Justiça *Comum*, do mesmo modo que a Justiça *Estadual*, em razão da técnica utilizada no Código de Processo Penal, que a coloca em oposição à Justiça *Especial*. Porém, não há razão alguma para maiores preocupações em relação a tais questões. O que efetivamente importa é a compreensão do *sentido* que se quer atribuir à aludida expressão. Aqui, estamos nos referindo à *especialização* apenas no sentido de explicar a *repartição* constitucional de jurisdição, pelo critério da *matéria*.

7.5.1 Competência da Justiça Federal

Para a definição dos crimes da competência federal, o critério utilizado pelo

constituinte pode ser explicado a partir da busca de um dimensionamento mais ou menos preciso das questões que poderiam afetar, direta ou indiretamente, os interesses federais e/ou nacionais.

No campo da definição de interesses *federais*, a opção manifestou-se na proteção da Administração Pública *Federal*, estabelecendo a Constituição que compete à Justiça Federal o julgamento 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 (art. 109, IV).

Como se observa, há uma regra de exclusão *expressa*, a determinar o *desinteresse* da Justiça Federal em apreciar infrações penais qualificadas como *contravenções*, ainda que em prejuízo de bens, serviços e interesses federais.

Há também ressalva expressa – desnecessária, diríamos – da competência da Justiça *Eleitoral* e da Justiça *Militar* (obviamente, a Justiça Militar Federal), na qual também se discutem interesses tutelados pela Administração Federal, como é o caso da Justiça Eleitoral.

Restaria, então, examinar mais detidamente as hipóteses de crimes definidos como de interesse federal.

No que se refere à noção de *bens*, a questão é muitíssimo simples.

Todas as infrações penais, à exceção das contravenções, que atingirem o *patrimônio* da União, suas autarquias (inclusive as chamadas autarquias *especiais*) e empresas públicas serão da competência federal. Dizemos que a questão não oferece maiores dificuldades pelo fato de ser extremamente simples a identificação do patrimônio de tais entes públicos, necessariamente objeto de registro e cadastramento particularizado junto à respectiva Administração. Embora não haja referência expressa no texto constitucional, deve aí ser incluída a fundação pública federal, já que, em última análise, a lesão atingirá o interesse da União, instituidora e mantenedora daquela.

Quanto à identificação dos *serviços*, a solução pode não ser tão simples, mas

ainda assim é perfeitamente acessível. Por exemplo: o assassinato de um policial federal (ou de um auditor da Receita Federal ou do INSS)*em razão de sua função*, isto é, motivado pelo simples fato de sua atuação funcional, reclama a competência do Tribunal do Júri *Federal*. É certo que o bem jurídico protegido pela norma penal é a vida e não a Administração. Entretanto, não há como negar a lesão, indireta que seja, ao serviço público federal, atingido em sua *finalidade pública*. E mais: não há também como negar a relevância da *motivação* do crime até mesmo para fins de tipificação penal, o que também contribui para realçar a importância da identificação do serviço público federal. É nesse sentido a redação da Súmula 147 do STJ "*Compete a Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função*."

Por fim: tratando-se de crime doloso contra a vida, a competência do Tribunal do Júri responde à indagação acerca da identificação do bem jurídico tutelado – a vida –; se houver, porém, lesão a outro bem jurídico, como é o caso da Administração Pública Federal, afetada em*seus serviços*, não há por que recusar a fixação da competência no Tribunal do Júri *Federal*. Nada a espantar, pois tanto a Justiça Federal quanto a Estadual integram a chamada Justiça *Comum*.

Não obstante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de afirmar a competência da Justiça Federal em caso de crime (ameaça e abuso de autoridade, dentre outros) cometido contra Juiz Federal, que não se encontrava no exercício de suas funções, sob o argumento de que o referido cargo não se confunde com o de funcionário público (o que atrairia o conteúdo da Súmula 147/STJ), mas sim com o de verdadeiro órgão do Judiciário. Veja-se:

"1. Nos termos do art. 92, III, da Lei Maior, os Juízes Federais são órgãos do Poder Judiciário, qualidade essa qu impõe o reconhecimento do interesse da União no julgamento de crimes de que sejam vítimas, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar a respectiva Ação Penal, nos termos do art. 109, IV, da CF/88. Outrossim, tal qualidade não pode ser ignorada quando da fixação do Juízo competente, devendo ser levada em consideração, ainda que a vítima não esteja no exercício das funções jurisdicionais.

[...]

3. O art. 95 da Constituição Federal, que assegura a garantia da vitaliciedade aos Magistrados, e o art. 35, VIII, d LC 35/79, que dispõe sobre o dever destes de manterem conduta irrepreensível na vida pública e particular, revelam a indissolubilidade da qualidade de órgão do Poder Judiciário da figura do cidadão investido no mister de Juiz Federa

e demonstram o interesse que possui a União em resguardar direitos, garantias e prerrogativas daqueles que detêm a condição de Magistrado.

[...]

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitante, o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Acre" (CC nº 89397/AC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, julgado e 28.3.2008, *DJe* 10.6.2008).

Com o devido respeito aos ilustres julgadores, e, particularmente, ao seu douto Relator, a decisão não encontra qualquer fundamento na ordem jurídica nacional. Não bastasse, contraria súmula do próprio Tribunal (Súmula 147). Na realidade, tem-se ali verdadeira *personificação* do cargo público, como se este (o cargo) fosse inseparável da pessoa que o exerce. Na hipótese concreta, a vítima não era o cargo, mas a pessoa! Não teria havido lesão ao serviço, mas à *individualidade* da pessoa humana. Não vemos como acompanhar o aludido entendimento. E mais: ousamos afirmar que ele não se sustentará diante da jurisprudência da Suprema Corte, sobretudo no que diz respeito à fixação de competência por prerrogativa de função: o efetivo exercício do cargo é pressuposto indeclinável da afirmação do foro privativo. Já veremos essas e outras mazelas.

Agora, uma questão mais complexa.

A Lei nº 10.826/03, que regulamentou o Estatuto do Desarmamento, instituiu o Sistema Nacional de Armas (Sinarm), no âmbito do Ministério da Justiça e da Polícia Federal, e com circunscrição em todo o território nacional (art. 1º).

De imediato, poder-se-ia pensar que todos os delitos ali previstos passariam a ser da competência da Justiça Federal, precisamente por afetação aos serviços de órgão *federal*, com atuação *nacional*. Semelhante interpretação é perfeitamente cabível, pois, nos termos dos arts. 5º e 10 da citada lei, compete à Polícia Federal a *expedição* do registro de arma de fogo, após autorização do Sinarm, bem como *autorização* de ambos (Sinarm e Polícia Federal) para o porte de arma.

Eis, pois, o problema, de grande aplicação prática. Os crimes mais comuns envolvendo armas de fogo são os de *posse irregular* de arma *de uso permitido* (art. 12), isto é, a posse ou manutenção sob sua guarda de arma de fogo sem o devido

registro, e o de *porte ilegal* de arma de uso *permitido* (art. 14). No primeiro caso, exige-se o *registro* da arma, para que o interessado possa mantê-la em sua residência ou local de trabalho; no segundo, exige-se autorização *para o porte*, independentemente de estar ou não registrada. Aliás, o parágrafo único do citado art. 14, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.112-1, afirmava ser *inafiançável* o aludido delito (de porte ilegal), salvo quando a arma estivesse registrada em nome do agente. É dizer: estando registrada em nome do portador, o crime de porte permanece, mas, apenas nesta hipótese, caberia fiança ou outra medida cautelar pessoal (art. 319, CPP). Mais diremos sobre referida inafiançabilidade (declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como já defendíamos em edições anteriores deste manual) por ocasião do exame acerca das medidas cautelares pessoais, da prisão e da liberdade provisória (Capítulo 11).

Ocorre, então, que, como no concurso entre a competência federal e a estadual prevalece a da primeira (Súmula 122, STJ), todo homicídio, roubo, lesão corporal grave, ameaça etc. que fosse praticado com o emprego de arma de fogo, estaria, com a interpretação anteriormente sugerida, no âmbito da competência federal, seja quando se tratar de concurso formal de crimes (art. 70, CP), seja, sobretudo, nos casos de concurso material (art. 69, CP).

De todo modo, a questão parece já pacificada.

Contudo, mesmo sob outro aspecto, mais ligado à argumentação jurídica, entendemos que a competência jurisdicional para o julgamento de tais delitos deverá ser da Justiça Estadual. Do mesmo modo, será da competência estadual o julgamento do crime previsto no art. 13 da citada lei, no qual se cuida do crime de *omissão do dever de cautela*, isto é, do dever de guardar em lugar seguro a arma de fogo.

Embora não reste mais a mínima dúvida de que a violação às normas relativas à exigência de registro e de autorização para o porte de arma de fogo afete os serviços federais (Sinarm e Polícia Federal), deve-se notar, contudo, que o bem jurídico *tutelado* nas citadas normas, ao menos de modo direto, não é o *regular funcionamento ou atuação* da Administração Pública Federal. A posse, a propriedade e, principalmente, o uso de arma de fogo devem ser mesmo controlados.

Mas não porque estejam inseridos entre as atividades regulares da Administração, mas porque afetam ou podem afetar bens jurídicos de extrema relevância, tais os casos da proteção à vida, à integridade física, à integridade psíquica e, enfim, à paz e incolumidades públicas.

Por outro lado, o delito previsto no art. 16, que diz respeito à *posse, detenção, porte, aquisição, depósito, transporte* ou *cessão* de arma de uso restrito, é, segundo nos parece, da competência federal. As armas de uso restrito devem ser objeto de registro no Comando do Exército, e, pelo menos aquelas de uso privativo do Exército, revelam especial interesse federal, ligado à atividade própria daquela instituição, o mesmo ocorrendo em relação ao crime de *tráfico internacional de armas de fogo* (art. 18). Neste último caso, a competência federal se justificaria até pela natureza da operação. Por último, sobre a proibição de restituição da liberdade (provisória) para os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 10.826/03, logo teremos oportunidade de apontar a respectiva inconstitucionalidade (Capítulo 11).

Outra observação: se fosse da competência federal todo crime praticado contra bem jurídico que é objeto de fiscalização pela Administração Federal, todos os crimes praticados contra a *fauna* seriam da competência federal, o que, sabemos todos, com o cancelamento da Súmula 91 do STJ, não corresponde à verdade na atual jurisprudência, ainda que seja atingida, de certo modo, a atividade desenvolvida pelo Ibama. Aliás, a competência supletiva da União em relação à fauna e à flora parece consolidar-se, ainda mais, com a Lei Complementar nº 140/11 (art. 15).

Outro exemplo, mas agora com consequência distinta, é a apresentação de documentação (particular) falsa perante órgão da Administração Pública Federal. Quando não for a hipótese de estelionato, cujo bem jurídico protegido seria o *patrimônio* (no exemplo dado, da União), e não o *serviço*, de que ainda estamos cuidando, restará o crime de falsidade documental, da competência federal.

Cabem, aqui, importantes observações.

O que deve ser avaliado, como regra, é o resultado *final* da conduta, ou seja, o crime efetivamente consumado.

Assim, quando, por exemplo, o falso (documental, ideológico) é praticado como

meio para a consumação de um crime de estelionato, e este se dirige ao patrimônio de um *particular*, a competência será da Justiça *Estadual* (veja-se, por exemplo, o que se contém na Súmula 107 do STJ). O mais relevante, aqui, é observar a *possível* ocorrência de concurso de delitos. Assim, se, por exemplo, com uma única ação, o agente atinge bens jurídicos distintos e um deles é pertencente à União, autarquias e empresas públicas, a competência será da Justiça Federal. Tal seria a hipótese de concurso *formal* de crimes (art. 70, CP). Do mesmo modo, por óbvio, aplica-se a mesma regra quando se tratar de concurso *material* (art. 69, CP).

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a competência da Justiça Federal para o julgamento de crime de falsidade documental, envolvendo documentos federais (dados na Receita Federal, guia de recolhimento de ITR – Darf), ainda que a apresentação dos documentos tivesse ocorrido junto à instituição financeira *estadual*, o que, como se vê, contraria a jurisprudência incontroversa do Superior Tribunal de Justiça. A decisão ocorreu no julgamento do RE nº 411690/PR, sendo Relatora a Min Ellen Gracie, em 17.8.2004.

Como se demonstra, também aqui, a questão relativa à competência – particularmente, à competência estadual e à federal – navega ao sabor das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto e do órgão julgador. E, como veremos mais adiante, as hipóteses anteriormente mencionadas (concurso de crimes) cuidam da conexão e/ou continência, regras que determinam a modificação da competência originariamente estabelecida.

No concurso entre a competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual prevalecerá a competência da primeira, não porque ela seja *especial* ou *mais graduada*, mas, como já dissemos, porque a sua jurisdição recebeu tratamento *expresso*, enquanto a da Justiça Estadual definiu-se pela regra da *exclusão*, sendo, portanto, no ponto, *residual*.

Uma última observação: pode ocorrer que o falso, praticado como *meio* para alcançar outro crime, o chamado crime *fim*, não esgote toda a sua potencialidade lesiva na prática do mencionado delito (fim). Assim, por exemplo, a falsificação de documento funcional pertencente a servidor federal, ainda que para a consecução de

crime contra particular, poderá reclamar a competência da Justiça Federal, em razão da possibilidade, potencial e permanente, de nova utilização, em detrimento de serviços ou interesse federal.

Como se observa, se a questão relativa à proteção dos *serviços* federais já apresentou alguns problemas, a identificação do *interesse* federal é muito mais complexa, tendo em vista a dificuldade de se apontar o que seja interesse *diretamente* federal e o que o seja apenas *indiretamente ou reflexamente*.

Com efeito, muitas vezes poderá se manifestar, *reflexamente*, o interesse federal sem que se tenha por revelada a competência da Justiça Federal. Esse parece ser o caso dos crimes de anotações falsas na CTPS (Carteira de Trabalho). A jurisprudência das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido da competência da Justiça Federal (HC nº 102.629/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 23.11.2010; HC nº 99738/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie julg. 9.2.2010; RE nº 649.998/Agr/Go, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, julg 28.2.2012).

O critério mais ou menos seguro que poderá nos orientar em direção à identificação do *interesse federal* há de ser buscado, antes de tudo, na própria Lei. É o que ocorre em relação à Lei nº 7.492/86 e em algumas das hipóteses previstas no art. 2º, III, da Lei nº 9.613/98 (alterada pela Lei nº 12.683/12), que cuida dos crimes de lavagem de bens e valores. Mas, sobretudo, pode ser encontrado no disposto no art. 21 da CF, no qual se arrola uma série de competências atribuídas à União Federal.

Ali se encontrará, apenas exemplificativamente, a razão pela qual o crime de falsidade de moeda é da competência federal. Embora não se possa negar que, em tal situação, estará também configurada uma questão de interesse *nacional*, o fato é que a norma atributiva de competência à União para emitir moeda (art. 21, VII, CF) revela na mesma medida, um *interesse* da Administração Pública Federal. Do mesmo modo, tem-se mais claramente justificada a competência federal para o julgamento de crimes relativos aos serviços clandestinos de telecomunicações, conforme o disposto no inciso XI do mesmo dispositivo.

De maneira geral, sempre que houver uma norma autorizando a *gestão, administração* ou *fiscalização* de qualquer atividade ou serviço, por órgão da Administração Pública Federal, estará caracterizado o interesse público federal. Por exemplo, a destinação de verbas públicas federais a Municípios ou Estados, mediante convênio, para determinada e específica finalidade, indica a existência de interesse público federal na *fiscalização* da destinação dada à aludida verba. Note-se que a existência de fiscalização por convênio já afasta a hipótese de se tratar de verba federal repassada e já incorporada ao patrimônio do Município, quando então a competência seria estadual, diante da ausência do interesse federal.

Curiosamente, a 1ª Turma (e não o Plenário) da Suprema Corte, no julgamento do HC 90.174, vencido o Min. Ayres Brito, divergindo de jurisprudência da Casa (RE nº 232.093 e RE nº 414.849/RN), chegou a afirmar que o fato da existência de fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União, em razão de Convênio para o repasse de verbas federais aos Estados, não seria suficiente para determinar a competência jurisdicional federal.

A decisão vai de encontro, inclusive, à Súmula 208 daquele Tribunal: "*Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*."

Com todo o respeito aos ilustres membros daquela Corte, por todos os méritos que se lhes reconhecem, não andou bem a citada 1ª Turma do Tribunal. Ora, se a verba fosse devida aos Estados-membros por força de repartição constitucional de competência arrecadatória e/ ou fiscal, não haveria como se justificar a necessidade de fiscalização do Tribunal de Contas da União. A fiscalização do TCU, portanto, por si só, revela interesse da Administração Federal, ou, quando nada, interesse caracterizado pela dimensão nacional da obra e/ou serviço público.

Renovando, portanto, nosso respeito àquela Corte, a cujos integrantes, por diversas vezes, rendemos homenagens, o julgado, em uma primeira leitura, não se sustenta em nenhum de seus argumentos. Pior: modifica critério de determinação de competência já assentado nos tribunais e abre divergência *no próprio Supremo Tribunal Federal*. Por outro lado, confirma o que sempre dissemos: a sistematização

da matéria atinente à competência jurisdicional é tarefa das mais ingratas, quando não infrutífera; e sempre estará exposta a certo grau de idiossincrasia judiciária.

Outro exemplo: o desvio de verbas federais repassadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), para gerenciamento do serviço prestado pelo Estado, Município ou mesmo particulares, caracteriza o interesse federal, já que compete ao Ministério da Saúde a gestão e administração do Sistema. Pela mesma fundamentação, mas já em relação à verbas do FUNDEB, o STJ afirmou a competência federal, desde que houvesse complementação de verba federal.

Todavia, a Suprema Corte parece ter dado números finais a esta questão.

Com efeito, o Plenário daquele tribunal definiu a competência federal para o julgamento de crimes envolvendo recursos do FUNDEB (antigo FUNDEF independentemente de ter havido, ou não, complementação de verbas pela União. Entendeu-se que a titularidade federal na política geral da Educação seria suficiente para afirmar a competência criminal federal, ainda que as verbas atingidas já estivessem integralizadas no orçamento dos demais entes. E decidiu-se também que a competência para julgar as ações de improbidade envolvendo tais recursos seriam da Justiça Estadual (ACO 1206/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 5.10.2011 – Boletim Informativo 643 – STF).

Referido posicionamento poderá afetar entendimentos que vinham se consolidando em outras questões, como, por exemplo, as verbas repassadas pelo Sistema Único de Saúde. Em pequeno artigo sobre o tema, Rafael Paula Parreira Costa, ilustre membro do Ministério Público Federal (*Desvios de verbas do SUS – Parâmetros para uma necessária e urgente definição de competência*, L&C – Revista de Administração Pública e Política. Brasília: Consulex, no 146, p. 15/16), observa que, quando se tratar de recursos (do SUS) transferidos Fundo a Fundo, isto é, de transferência *regular* e *automática*, diretamente do Fundo Nacional de Saúde para os Estados, Municípios e Distrito Federal, *independentemente de convênio*, não haveria porque se falar em competência da justiça Federal, dado que referidas verbas se incorporariam ao patrimônio dos respectivos entes federativos. Se, ao contrário, o repasse do FNS for *vinculado à determinada finalidade*, e submetido ao controle e

fiscalização, quase sempre por meio de convênio e/ou instrumentos assemelhados, a competência seria e será (acrescentamos nós!) desenganadamente federal.

Aparentemente, foi a distinção que fez a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Conflito de Competência 122.376-RJ (2012/0090626-1) Rel. Min. Sebastião Reis, relativamente a desvio de verbas repassadas pelo SUS. No entanto, ali se afirmou que mesmo nos casos de transferência automática ou de "fundo a fundo", a competência seria da Justiça Federal, pelo fato de haver controle interno do Tribunal de Contas da União. Ocorre que, desde a LC 141/2012 (art. 18), não há mais o controle do TCU sobre tais transferências (fundo a fundo).

Ora, se a Suprema Corte vem de decidir que eventual desvio de verbas do FUNDEB – cujos recursos se originam dos vários entes estatais públicos e não só da União – afirmaria a competência federal somente por se inserirem (as verbas) no âmbito de uma política de natureza nacional (a educação), pode-se esperar que, em breve, sequer seja necessária a fiscalização do Tribunal de Contas da União e/ou a existência de Convênio para que se tenha configurada a competência federal para apreciar a matéria atinente ao SUS.

De outro lado, há firme jurisprudência do mesmo Supremo Tribunal Federal apontando a competência da Justiça Estadual quando se tratar de cobrança de honorários médicos em tratamento já pago pelo SUS (HC nº 81.912-5/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, em 20.8.2002). Argumenta-se que a hipótese seria de concussão, sem atingir o interesse federal.

Não vemos como concordar com semelhante posicionamento, tendo em vista que, nessas situações, haverá um crime praticado por particular, sim, mas no exercício de função gerenciada por órgãos da Administração Federal, de maneira que se fará presente afetação, senão aos serviços, pelo menos aos interesses federais. Nesse sentido, por exemplo, encontram-se decisões no Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 8271/RS, *DJ* 21.6.1999).

O alerta que acabamos de fazer, acerca da decisão do Plenário da Suprema corte em relação às verbas do FUNDEB, cresce de importância no que diz com os futuros posicionamentos daquele Tribunal também em relação a esse tema. Aguardemos.

Finalmente, incluiríamos entre as questões ligadas ao interesse *federal* a arrecadação tributária federal. Assim, são evidentemente da competência federal os crimes contra a ordem tributária federal (Lei nº 8.137/90) e também contra a ordem previdenciária (arts. 168-A e 337-A, ambos do CP), já que o INSS é uma autarquia federal. No mesmo sentido, os crimes de contrabando e descaminho (arts. 334 e 334-A, CP).

Restaria, ainda, conforme já adiantamos, o exame da questão relativa ao apontado interesse *nacional*. Se o interesse *federal* está mais intimamente ligado aos interesses d a Administração Pública Federal, o interesse *nacional* manifesta-se em outra dimensão, prescindindo até da presença de qualquer entidade federal na questão. Tais são os exemplos dos crimes previstos em tratados e convenções internacionais, que estabeleceriam uma relação entre o Estado estrangeiro e o *nacional*, bem como dos crimes contra o sistema financeiro nacional (art. 109, VI). Nessas situações, somente a referência *expressa* na lei é que determinará a presença do interesse com dimensões nacionais.

Por exemplo: em relação aos *organismos geneticamente modificados*, tal como ocorreu com a *soja transgênica*, o Supremo Tribunal Federal afirmou, corretamente, a competência da Justiça Federal como o foro prevalecente, nos termos da Lei nº 8.974/95, conforme se nota na decisão plenária de 12 de março de 2004 (ADI nº 3.035/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 12.3.2004).

Do mesmo modo, embora por razões e fundamentação distintas, o Superior Tribunal de Justiça vinha reconhecendo a competência federal para o julgamento de crime de exposição de fotografias e de filmes retratando a prática de atos libidinosos envolvendo crianças, em publicação na rede internacional de computadores (ver, a esse respeito, HC nº 24.858/GO, Relator para o acórdão o Min. Fontes de Alencar julgado em 18.11.2003).

Atualmente, porém, a 3ª Seção do STJ decidiu, no julgamento do CC nº 62.949 Rel. Min. Hamilton Carvalhido, pela competência da Justiça Estadual, embora o caso tratasse de divulgação, pela Internet, de técnicas de cultivo de substâncias entorpecentes, obtidas em *site* estrangeiro, sob o argumento de que tanto o resultado

quanto a execução teriam ocorrido em território nacional. Não há como não divergir. A *internacionalidade* da conduta, ainda que *virtual*, está evidentemente presente, o que configura, a mais não poder, a dimensão nacional do fato.

É de se registrar, no ponto, que a competência federal se imporia, então e também, sob o fundamento previsto no art. 109, V, da CF, não pela existência de *internacionalização* da conduta – início ou consumação do fato em país distinto –, mas pelo compromisso assumido pelo Poder Público federal, consoante os termos do Decreto nº 5.007, de 8 de março de 2004, relativo ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança. É nesse sentido, aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CRIME TIPIFICADO NO ESTATUTO DA CRIANÇA ADOLESCENTE. CONSUMAÇÃO E EXAURIMENTO NO EXTERIOR. COMPETÊNCIA DA J FEDERAL. I – Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes cuja consumação se deu em territór estrangeiro (art. 109, V, CF). II – O crime tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente consubstanciado na divulgação ou publicação, pela internet, de fotografias pornográficas ou de cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes, cujo acesso se deu além das fronteiras nacionais, atrai a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento" (HC nº 86289, Rel.(a): Min. Ricardo Lewandowski, Turma, julgado em 6.6.2006, *DJ* 20.10.2006, p. 62, Ement. v. 02252-02, p. 296).

Não podemos deixar de mencionar, contudo, que a questão foi submetida ao Plenário da Suprema Corte no RE nº 628.624 (Rel. Marco Aurélio), e ali se decidiu pela competência federal, alinhando-se à posição que sempre defendemos.

7.5.1.1 A casuística constitucional

Como frequentemente se afirma, a competência da Justiça Federal é taxativa e exaustiva (cláusula fechada), não permitindo a ampliação legislativa que ultrapasse a função de esclarecimento do interesse federal já prévia e constitucionalmente indicado.

Antes de enumerarmos, de modo casuístico, a citada competência, cumpre mencionar decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca do cancelamento de sua Súmula 91, na qual se afirmava a competência da Justiça Federal para o processo e

julgamento dos crimes contra a fauna.

A citada Súmula 91, na verdade, apenas consolidou jurisprudência anterior à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que, revogando a antiga Lei nº 5.197/67, regulamentou os crimes contra a fauna. Com base na aludida Lei nº 5.197/67, e diante do disposto em seu art. 1º, a jurisprudência afirmava a competência da Justiça Federal para o julgamento dos citados crimes, em razão de ali se estabelecer à União a propriedade sobre a fauna silvestre. A exceção ficava por conta da fauna ictiológica, unicamente em razão de constituírem tais infrações (de pesca) contravenções penais, e não crimes. Assim, nos termos do art. 109, IV, da CF, a competência não podia mesmo ser federal.

A Lei nº 9.605/98 não reproduziu o mencionado art. 1º, o que permitiu a mudança na orientação do STJ, sob o fundamento de pertencer a todos a fauna, cabendo, concorrentemente, à União, aos Estados e aos Municípios a sua proteção (art. 23, VII CF).

Assim, segundo vem se entendendo, a competência federal somente se revelaria na medida em que os crimes contra a fauna fossem praticados diretamente em áreas ambientais submetidas exclusivamente à sua proteção (as chamadas áreas de proteção ambiental, parques e/ou reservas nacionais). A esse respeito, ver STJ – CC nº 35.476/PB; STF – RE nº 349.189, RE nº 335.929 e RE nº 300.244. Note-se que na última decisão aqui mencionada a competência estadual foi afirmada mesmo em se tratando de infração penal praticada em mata atlântica, considerada, como se sabe, integrante do *patrimônio nacional*, por força do disposto no art. 225, § 4º, da Constituição da República.

A atual orientação jurisprudencial não nos parece equivocada, exceção feita aos julgados que ignoram o fato de a Mata Atlântica ser tratada na Constituição como patrimônio nacional. Ora, nesse caso, parece impensável recusar a competência federal.

Todavia, no plano prático, o fato é que apenas o Ibama, autarquia federal, é que realiza serviços de administração e fiscalização das atividades de controle da proteção à fauna silvestre (à exceção da fauna ictiológica), o que cria uma dificuldade

real em afastar a incidência de uma lesão a *serviços federais*. Certamente por isso, o Superior Tribunal de Justiça afirmou a competência da Justiça Federal em relação a crimes praticados contra espécies ameaçadas de extinção, salientando o interesse exclusivo do Ibama no exercício de semelhante tarefa (STJ – CC nº 37.137/MG, 3ª Seção, Rel. Min. Félix Fischer, *DJ* 14.4.2003, p. 178).

No entanto, com a superveniência da Lei Complementar nº 140/11, parece consolidar-se, em definitivo, a competência subsidiária dos órgãos de fiscalização ambiental, consoante se vê do disposto no art. 15 da citada legislação. Com isso, pode-se antecipar o fim da competência criminal federal nos crimes contra a fauna, e, o que é pior, temer-se o mesmo fim em relação aos ataques à flora e vegetação nacional, desde que haja órgãos estaduais atuando na matéria (art. 15, I).

a) Crimes políticos

Vicente Greco Filho sustenta que os crimes políticos mencionados no inciso IV do art. 109 da CF não foram ainda regulamentados em lei, e, mais, que nem deveriam sê-lo, uma vez que a legislação brasileira proíbe a extradição por crime político ou de opinião, constituindo verdadeiro e absurdo contrassenso a punibilidade de semelhantes delitos (1999, p. 153).

O ilustre professor parece estar se referindo aos crimes políticos *puros*, que a tradição brasileira sempre repeliu, segundo o mestre.

Carlos Augusto G. Canedo, em aprofundado estudo sobre o tema (1993), trilha direção oposta. E é exatamente nesse sentido que nos dirigimos.

Desde a legislação imperial que nosso Direito conheceu os chamados crimes de *lesa-majestade*, considerando a proteção desmedida e autoritária tanto da pessoa do imperador quanto do Estado por ele representado. Para não voltarmos demasiado longe, limitemo-nos apenas ao exame da Lei nº 7.170/83, que prevê os crimes contra a segurança nacional e contra a *ordem política e social*, ainda parcialmente em vigor no Direito brasileiro. Naquela lei se constata a presença de diversos tipos penais definidores de ações praticadas contra a soberania do Estado, bem como da proteção da pessoa dos Chefes dos Poderes da União.

A par da excrescência de diversos de seus artigos, sobretudo aqueles atinentes à liberdade de expressão e de opção política, bem como da previsão da competência da Justiça Militar para seu julgamento, inteiramente superados pela ordem constitucional, importa salientar que as condutas ali previstas receberam o tratamento doutrinário – tanto aqui como no estrangeiro – de crimes *políticos*, particularmente em razão da motivação de ordem política exigida para a sua configuração.

Parece-nos, então, que o constituinte, ao mencionar os crimes políticos como da competência da Justiça Federal, levou em consideração precisamente os pouquíssimos delitos previstos na citada Lei nº 7.170/83, cuja vigência não foi afetada pela ordem constitucional, de que são exemplos aqueles previstos nos arts. 8º, 18 e 19, em que pese a péssima qualidade técnica de cada um.

A vedação à extradição de estrangeiro por crime político *ou* de opinião, a nosso aviso, em nada altera o que anteriormente foi afirmado. Ora, aqui a referência é feita aos crimes de *opinião*, cuja existência, por si só, atenta contra a liberdade de crença, de expressão e de opção política.

Não bastasse, a Suprema Corte reconhece a existência dos crimes políticos, conforme julgamento do HC nº 74.782-5/RJ, de 13.5.1997.

b) Crimes previstos em tratados ou convenções internacionais e incidente de deslocamento de competência

Para que se afirme a competência federal para o processo e julgamento de tais delitos, não basta apenas a previsão do crime em tratado ou convenção internacional. Se assim fosse, *todos* os crimes de tráfico de drogas, os de racismo ou de tortura, por exemplo, seriam *sempre* da competência federal, o que sabemos não ser verdadeiro.

Assim, é preciso que, além de ter sido previsto em tratado ou convenção internacional, a sua execução tenha se iniciado no país e o resultado ocorrido (ou que devesse ocorrer, na hipótese de tentativa) no estrangeiro, ou vice-versa. Em outras palavras, é preciso a presença de uma relação de *internacionalidade*, em que conduta e resultado (jurídico, daí a inclusão do crime tentado) se realizem entre dois ou mais Estados. Por isso, a competência da Justiça Federal para o julgamento do tráfico

internacional ou *transnacional* (na linguagem da Lei nº 11.343/06) de drogas, do tráfico de crianças e de mulheres *para o exterior* etc.

A Emenda Constitucional nº 45/04, a chamada *Reforma do Judiciário*, trouxe significativa alteração na competência federal relativa a crimes previstos em tratados internacionais.

Com efeito, o atual inciso V-A, do art. 109 da CF, prevê a competência do Juiz Federal para o julgamento de "*causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º*" do citado artigo (art. 109). E é essa a redação do recém-chegado § 5º:

"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."

Para nós, não se estabeleceu a competência *exclusiva* da Justiça Federal para o julgamento de crimes contra os direitos humanos; ao contrário, reafirmou-se a *regra* da competência estadual, ficando a competência federal a depender do atendimento a requisitos específicos.

Entretanto, em relação ao incidente de deslocamento de competência, caberia indagar: seria exigida também a *internacionalização* da conduta para o deslocamento da competência federal? Caberia ao Procurador-Geral da República a *definição final* acerca da competência federal? Por fim, quais seriam os crimes contra os direitos humanos ali apontados?

A resposta à primeira indagação há de ser negativa. Ora, quando houver internacionalização da conduta (execução e resultado em Estados distintos), a competência *permanece* sendo da Justiça Federal, não havendo por que se discutir a aplicação do inciso V-A, em face da prevalência do inciso V.

Já a segunda problematização é um pouco mais complexa.

O primeiro requisito a ser exigido para a intervenção do Procurador-Geral da República é a afirmação da existência de *grave violação a direitos humanos*. Por certo que a aferição da gravidade que vimos não diz respeito à violência *em si*. Todo

crime de tortura, por exemplo, revela, sempre, uma violência abominável e, por isso, uma *grave violação*. Todavia, mesmo em tais casos, pensamos que nem sempre a competência deverá ser *deslocada* para o âmbito federal. Acreditamos que o exame da matéria, tal como ocorre com a identificação do *interesse nacional*, deverá incluir a apreciação acerca do grau de *repercussão* da conduta, em relação à efetiva possibilidade de intervenção da Administração e das autoridades federais para a *repressão e prevenção* de tais delitos.

Não por outra razão exige-se, no citado § 5º, a justificativa da intervenção do 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 [...]*." Como se observa, os *meios* são instituídos segundo *os fins* desejados. Exige-se, pois, *grave violação a direitos humanos*, bem como o tangenciamento, no âmbito das relações internacionais, *dos deveres* assumidos pelo Estado brasileiro.

Ressalte-se que o incidente de *deslocamento ou modificação* de competência jurisdicional há de ser *suscitado* pelo Procurador-Geral, e não *resolvido* por este. É dizer: entendendo presentes os requisitos constitucionais, aquela douta autoridade submeterá a questão ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual caberá decidir pela alteração ou não da jurisdição. E mais: em qualquer fase do inquérito ou do processo, o que inclui, a nosso aviso, o deslocamento de ação penal até mesmo em fase de recurso.

E por que perante o Superior Tribunal de Justiça, e não perante o Supremo Tribunal Federal? Precisamente por ser da competência do Superior Tribunal de Justiça a solução de conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual. Opção correta. O que, à maneira de outras questões criminais, não impedirá eventual exame da questão pelo Supremo Tribunal Federal, pela via recursal extraordinária ou por meio do *habeas corpus*. Afinal, o Supremo Tribunal Federal é, ao fim e ao cabo, o guardião da Constituição.

E já se questiona a constitucionalidade do aludido *deslocamento* de competência, sob várias perspectivas. Uma das mais inquietantes seria uma alegada (e indevida)

diminuição do *status* de igualdade dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados em relação ao Procurador-Geral da República, que ficaria na confortável posição de árbitro da conveniência de modificação ou não da competência estadual.

Ter-se-ia, também, diminuição das funções da própria Justiça Estadual e das autoridades estaduais encarregadas das investigações, conferindo-se indevida supremacia à Justiça Federal, bem como às respectivas autoridades (ADI nº 3.486).

Sólida argumentação.

Todavia, pensamos ser possível contornar todas as objeções sem deixar de reconhecer eventuais transtornos e mesmo a *inconveniência* – possível – do procedimento, em determinadas situações.

Pensamos, primeiro, que não se poderá pensar na aplicação da Emenda nº 45/04 *para fatos ocorridos anteriormente à sua vigência*. Nessa hipótese, haveria violação do *juiz natural*, à evidência.

De outro lado, embora reconhecendo a constitucionalidade da medida – *deslocamento de competência* –, não nos parece que a questão possa ser tratada como, efetivamente, de *deslocamento*.

Colhe-se no Superior Tribunal de Justiça a afirmação da validade do incidente, acrescentando aos requisitos antes mencionados o da *incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas* (3ª Seção – IDC nº 2 – DF - 2009/0121262-6, Rel. Min. Laurita Vaz, 19.11.2010). Trata-se do rumoroso caso de homicídio do advogado e vereador pernambucano Manoel Bezerra de Mattos Neto.

Ousamos discordar desse entendimento, particularmente no que diz respeito ao fundamento da *incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas*. Ora, nesse caso, bastaria o *desaforamento* do julgamento, para outro juízo igualmente *estadual*. Aliás, foram nesse sentido alguns dos votos vencidos.

A nosso aviso, quando se tratar de *graves violações a direitos humanos*, e quando se revelar necessária a intervenção de instituições federais *para cumprir suas obrigações firmadas com Estados e organizações internacionais*, a competência

será, *originariamente*, da Justiça Federal. É dizer: será da Justiça Federal*em razão da matéria*, do mesmo modo que ocorre em relação aos tratados e convenções internacionais, com a diferença de que, quanto aos demais (tratados), exige-se a *internacionalização* da conduta; em relação aos crimes *contra os direitos humanos*, assim tipificados em tratados internacionais (ver, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional, ratificado e promulgado no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6.6.2002, e Decreto nº 4.388, de 25.9.2002), não se exigirá a citada internacionalização da conduta. Mais amplamente sobre o Tribunal Penal Internacional, remetemos o leitor ao item 2.1.

Um exemplo emblemático acerca das possibilidades da interpretação ora propugnada tem por fundamento decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da OEA, na qual se buscou a responsabilização do Governo brasileiro pela reiterada prática de crimes de redução análoga à condição de escravo, ocorrida no sul do Pará, consoante relata Ela Wiecko V. de Castilho (mar. 2005, p. 18-21).

Naquela oportunidade, o Brasil comprometeu-se a implementar ações administrativas e propostas legislativas no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, bem como a defender a competência federal para o julgamento de crimes desta natureza. Conclui a ilustre Subprocuradora-Geral da República que "*a análise dos termos da solução amistosa leva à reflexão de que casos semelhantes ao de José Pereira [uma das vítimas] ofendem princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o país, com potencialidade de acarretar a responsabilidade internacional do Brasil*" (mar. 2005, p. 20). No mesmo sentido, em acórdão paradigmático, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo Min. Joaquim Barbosa, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 398.041-6.

Como se vê, com o art. 109, V-A, da Constituição da República, instituído pela EC nº 45/04, nem sequer seria necessário recorrer ao inciso VI, que cuida dos crimes contra a organização do trabalho. A assunção da responsabilidade pelo Governo brasileiro justificaria a afirmação da competência federal, *em razão da matéria*, como aqui se sustenta.

Com isso, tanto os órgãos do Ministério Público de primeira instância quanto os respectivos juízes, estaduais e federais, poderão afirmar a sua *incompetência absoluta, em razão da matéria*, quando entenderem presentes (ou ausentes) os requisitos apontados na EC nº 45/04 (*graves violações a direitos humanos etc*.). Cabíveis, por óbvio, os eventuais dissensos entre eles (exceção de incompetência, conflito de atribuição, de jurisdição etc.).

Obviamente, a questão é complexa. Afinal, não se sabe, exatamente, qual seria a definição de *graves violações*, nem em que situações seria imperiosa a atuação das autoridades federais no cumprimento de obrigações assumidas perante a comunidade internacional.

O entendimento que ora defendemos – recusado pelo STJ na decisão a que acabamos de nos referir – IDC 2-DF – preserva o tratamento igualitário das instituições envolvidas (Ministério Público e Judiciário, federal e estadual), sem a afirmação de nenhuma supremacia de um em relação ao outro; afinal, pode-se mesmo afirmar que a Justiça Federal terá sempre capacidade superior à Estadual para a proteção dos direitos humanos?

Assim – e como, segundo os termos da Lei Complementar nº 75/93 (no art. 48), compete ao Procurador-Geral da República oficiar perante o Superior Tribunal de Justiça –, o incidente de *deslocamento* se prestaria apenas a *antecipar* a definição judicial acerca da competência para o julgamento da matéria.

Por fim, o que se pode entender por crimes contra os direitos humanos?

Ora, para além dos inúmeros questionamentos que poderiam ser feitos acerca de qualquer teoria que pretenda estabelecer um rol de violações desta natureza, impõe-se reconhecer que a mudança constitucional parece referir-se, de modo expresso, às *causas* relativas a direitos humanos *tal como previstas em tratados internacionais*. Não basta, portanto, incriminação *nacional;* exige-se que a capitulação do direito pátrio encontre ressonância em tratados internacionais subscritos pelo país, seja quanto *ao bem jurídico objeto da tutela* (integridade física, psíquica, dignidade humana etc.), seja *quanto à natureza da violação* (tortura, privação da liberdade, sequestro para tráfico de pessoas etc.), seja, por último, quanto *ao reconhecimento*,

no plano internacional, da lesão *aos direitos humanos*, tal como ali estabelecido.

Quanto a esses aspectos, pode-se alinhar, desde já, o previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), na Convenção Internacional contra a Tortura e outras Formas de Tratamento ou Punição Cruéis, Desumanos ou Degradante (1984) e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989), como possíveis instrumentos de aplicabilidade do citado dispositivo constitucional.

Outros exemplos: crimes de genocídio, tráfico de pessoas, escravidão e formas análogas (no âmbito da ONU); tratado sobre violência contra a mulher (1995); convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores (1997) e convenção interamericana contra a corrupção (2002).

c) *Crimes contra a organização do trabalho, sistema financeiro e a ordem econômico-financeira*

Vale a pena transcrever o dispositivo constitucional em comento para melhor compreender as observações que adiante serão feitas. Assim: "*Art. 109, VI. Os crimes contra a organização do trabalho* e, nos casos determinados por lei, *contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira*."

Note-se, pela simples leitura do dispositivo, que o que dependeria de lei para a caracterização do interesse *nacional* seriam os crimes contra o sistema financeiro nacional e contra a ordem econômico-financeira, já que o conjuntivo *e* encontra-se logo *depois* da referência feita aos crimes contra a organização do trabalho.

Curiosamente, o Superior Tribunal de Justiça, em engenhosa construção hermenêutica, consolidou a sua jurisprudência (STJ – RHC nº 4.749/CE, *DJU* 6.5.1996) – e a ela fez coro a Suprema Corte (STF – RECR nº 156.527/PA, *DJU* 27.5.1994) – em sentido exatamente contrário. É dizer: os crimes contra a organização do trabalho, previstos nos arts. 197 a 207 do CP, são, *em regra*, da competência da Justiça *Estadual*. Somente competirão à Justiça Federal aquelas infrações em que

tenham sido afetadas as instituições do trabalho e/ou o direito dos trabalhadores *coletivamente* considerados. Resumindo, quase nada (talvez, somente aquele previsto no art. 206 do CP, que cuida do aliciamento de trabalhadores para o estrangeiro, e aqueles relativos a ações praticadas durante greve, arts. 200 e 201), pois a maioria dos delitos contra a organização do trabalho é praticada contra o direito *individual* dos trabalhadores.

Relembre-se: há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atribuindo competência da Justiça Federal para o julgamento do crime de redução à condição análoga de escravo (HC nº 26.832/TO, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca e HC nº 43.381/PA, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma), sob fundamento de tratar-se de crime praticado contra o *trabalhador*, tanto em relação à atividade, em si, quanto em relação à sua dignidade humana. No mesmo sentido, faz-se referência ao julgamento do RE nº 398.041/PA, Rel. o Min. Joaquim Barbosa, no qual se afirmou a competência federal para processo de idêntico conteúdo.

Já em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional, em que se busca proteger a higidez do *sistema*, eleito assim como interesse *nacional*, bem como aqueles contra a ordem econômico-financeira, dependerão de previsão expressa na lei. Não havendo lei definindo a presença de um interesse *nacional* na matéria, não se tratará de crime da competência federal.

No primeiro caso, a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, define os crimes contra o sistema financeiro nacional, prevendo o seu art. 26 que a ação penal será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.

No segundo, dos crimes contra a ordem econômico-financeira, atualmente somente a Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, prevê como crime de competência federal o disposto em seu art. 2º, no qual se diz constituir crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União sem autorização legal. Observe-se, porém, que a referida lei pretende regulamentar apenas os crimes contra a ordem econômica, não fazendo referência ao que seja *ordem econômico-financeira*.

Outra observação se impõe, já em relação ao delito previsto no art. 1º da citada

lei. Embora não haja previsão expressa da competência da Justiça Federal para o julgamento de fatos relativos à *aquisição, distribuição e revenda de derivados do petróleo, gás natural, suas frações recuperáveis*, em desacordo com as normas estabelecidas em lei (art. 1º, Lei nº 8.176/91), não nos parece haver dúvidas de que se trata da competência federal, dado o alcance do interesse envolvido na proteção de tais valores econômicos, de âmbito desenganadamente *nacional*.

Ressalte-se ainda que a mesma legislação, em seu art. 4º, institui o Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis, cujos gerenciamentos e fiscalização são atribuídos a organismo da Administração Pública Federal, o que, a nosso juízo, reforça o entendimento no sentido de que se cuidaria de questão de interesse *nacional*.

Registre-se, sobre o tema, divergência no Supremo Tribunal Federal, em relação à comercialização de combustíveis com violação aos padrões impostos pela Agência Nacional do Petróleo (ANP). Há decisão afastando a competência federal (RE nº 454.735/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, em 18.10.2005 –*Informativo STF* nº 406) e decisão, na mesma Turma (Segunda), reconhecendo a competência federal (RE 454.739, Min. Carlos Velloso, em 28.6.2005, em decisão monocrática).

Curiosamente, ambas as decisões fazem referência ao precedente RE nº 198.488/SP, *DJ* 11.12.1998, da Relatoria do Min. Carlos Velloso. Nesse acórdão, decidiu-se pela competência da Justiça Estadual, mas a matéria ali abordada dizia respeito à *concessão de empréstimos vedados na Lei nº 4.595/64* e não à questão atinente à distribuição irregular de combustíveis. E, verdade seja dita, ali se afirmou que, tratando-se de competência fixada com fundamento no inciso VI do art. 109 da CF (contra a ordem econômico-financeira), somente caberia à Justiça Federal o julgamento de infrações *expressamente atribuídas, em lei*, àquela jurisdição. E a Lei nº 8.176/91 não prevê, expressamente, tal competência; todavia, no art. 2º, por exemplo, faz referência ao patrimônio da União. Indaga-se: nesse caso, alguém duvidaria da competência federal?

d) Crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves

Como se vê, a previsão de semelhante regra de competência, aparentemente, haverá de ser justificada pelo interesse *federal* – no ponto em que os serviços de transportes aéreos, bem como aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais e de polícia *marítima*, são atribuídos a órgãos federais (art. 21, XII e XXII CF) –, ou *nacional* – quando se tratar de transportes aéreos e marítimos entre o Estado brasileiro e o estrangeiro.

Relativamente aos crimes praticados a bordo de navio, não há qualquer dificuldade, já que por navio devem-se entender apenas as embarcações de grande porte, que se encontrem em situação de deslocamento internacional ou em situação de potencial deslocamento, consoante também o entendimento jurisprudencial (STJ – *CC 116.011/SP*).

Todavia, no que se refere às aeronaves, a nossa jurisprudência apresenta certa tendência a incluir na competência federal quaisquer infrações penais cometidas a bordo de qualquer aeronave (STJ – HC nº 6.083/SP, *DJU* 18.5.1998, p. 111), o que, a nosso aviso, revela-se absolutamente equivocado.

Ora, não é a presença do Departamento de Aviação Civil (DAC), no controle e fiscalização dos referidos serviços que ensejará, em qualquer hipótese, a lesão ao interesse federal da apontada administração. É que diversas infrações podem ser praticadas no interior das inúmeras aeronaves de pequeno porte em atividade no país, sem que se possa pensar em qualquer interesse federal ou nacional em risco, seja do ponto de vista da administração de serviços de transportes aéreos, seja porque não evidenciada qualquer questão de âmbito nacional.

A matéria vem regulada na Lei nº 6.009/73, em que se prevê a competência da União para a fiscalização dos aeroportos. Ao Departamento de Aviação Civil, órgão subordinado ao Comando da Aeronáutica – Ministério da Defesa, cumpre o exercício de tais funções de orientação, controle e fiscalização (Decreto nº 19.902/31).

Tampouco as disposições constantes do Decreto nº 66.520/70, que promulga a *Convenção relativa às infrações praticadas a bordo de aeronaves*, podem receber interpretação nesse sentido, se fundadas unicamente no fato de se cuidar de tratado internacional. Nessa hipótese, faltaria ainda o requisito da *internacionalização* do

delito.

Quanto à questão relativa ao *espaço aéreo*, isto é, à fixação da competência federal justificar-se em razão de competir à União o controle e a fiscalização do espaço aéreo nacional, também não nos convence. Se a razão fosse a tutela do referido espaço, por que não se tutelar também o *mar territorial*, para infrações praticadas a bordo de *pequenas embarcações*? A referência expressa ao *navio*, parece-nos, indica outro tipo de preocupação. Por isso, pensamos que a competência federal, em tema de aeronaves, deve se associar aos serviços de fiscalização de serviços de transportes aéreos realizados pela Administração Federal, e não à eventualidade de o crime ser cometido no espaço aéreo ou no solo.

Assim, parece-nos que a interpretação mais adequada à matéria é no sentido de limitar a competência federal apenas em relação aos delitos praticados no interior de aeronaves que estejam realizando transporte aéreo entre aeroportos efetivamente fiscalizados pela Administração Pública Federal.

O Brasil já vivenciou algumas tragédias no transporte aéreo. Em uma delas, um *boeing* de determinada empresa aérea terminou por ser *tocado* por outra aeronave, de menor porte, em pleno voo, daí resultando a morte de todos os passageiros e tripulantes do *Boeing* (154 pessoas), enquanto os ocupantes da outra conseguiram aterrissagem forçada.

A questão de se saber o tipo de imputação penal cabível – se homicídios culposos ou dolosos (dolo eventual) –, em razão de ter ocorrido uma falha de comunicação entre os pilotos e as torres dos aeroportos, ou de ter o piloto de uma delas alterado o seu plano de voo, ou, ainda, ter mantido uma altitude incompatível com aquele modelo de aeronave, não deve nos ocupar, já que, aqui, cuidamos de matéria atinente à competência. E esta, parece-nos, é manifestamente federal.

A tragédia, se é que deve ter mesmo repercussões penais – e, lamentavelmente, tudo indica que sim –, diz respeito ao controle de voo no espaço aéreo nacional, de responsabilidade, portanto, do Ministério da Defesa. Não se cuida de infração que atinja pessoa certa ou determinada ou mesmo um grupo de pessoas, durante um ou outro voo. Ao contrário, o ato, se demonstrada a responsabilidade penal, se mostrará,

não só atentatório às vidas que se esvaíram no acidente, mas, também, violador do serviço federal de controle de transporte e de deslocamentos aéreos, impondo-se a competência jurisdicional federal. Há lesão manifesta ao serviço federal.

Há norma (Código Penal Militar, § 2º) ressalvando a competência da Justiça Militar e caracterizando como tal (militar) a natureza dos crimes dolosos contra a vida de civis quando praticados nas condições ali descritas.

e) Disputa sobre direitos indígenas

Para que se tenha atraída a competência da Justiça Federal em delitos envolvendo indígenas, seja como vítimas, seja como autores, o que deve ser posto em relevo é a existência ou não de *disputa sobre direitos indígenas*. Por isso, tanto o assassinato *de um* índio quanto o homicídio praticado *por um* índio não serão, em regra, da competência do Tribunal do Júri Federal.

Porém, se a morte ocorrer em razão de disputa de direito de terras ocupadas pelos índios, por exemplo, a competência será da Justiça Federal. O mesmo ocorrerá, como é óbvio, na hipótese de extermínio de população indígena pelo só fato de sua *existência*, ainda que de poucos de seus membros. Aqui, além do fato de se tratar do direito à vida, cuida-se também da caracterização do genocídio, crime de natureza internacional, previsto em tratado (STF – RE nº 263.010/MS, *Informativo do STF* nº 193).

f) Crimes de ingresso ou permanência irregular no país

É de se ponderar, desde logo, que a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que, ao lado do Decreto nº 9.199/17, define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, revogou os pouquíssimos crimes instituídos pelo anterior "Estatuto do Estrangeiro" (Lei nº 6.815/80), optando por acrescentar ao Código Penal somente um único tipo específico: o de promoção de migração ilegal (art. 232-A), punido com reclusão.

As demais irregularidades no ingresso ou permanência de estrangeiro possuem natureza de infrações administrativas, sendo sancionadas com multa e/ou deportação.

g) Hipótese de concorrência de competência

O art. 109, § 3º, da Constituição Federal, prevê que a lei poderá permitir que causas originariamente da competência da Justiça Federal sejam julgadas *em primeira instância* – isto é, com recurso para o Tribunal Regional Federal –, na Justiça Estadual, *sempre que o local da infração não for sede de Vara do Juízo Federal*.

Esta era, por exemplo, a antiga hipótese do disposto no já revogado art. 27 da Lei nº 6.368/76, que cuidava dos crimes de tráfico de drogas, ao prever a competência estadual, com a intervenção do Ministério Público também *estadual*, para o julgamento de tráfico *internacional* de drogas, quando o local do crime (de sua consumação) não fosse sede da Justiça Federal. Se houvesse recurso, ele deveria ser apreciado pelo Tribunal Regional Federal, como já anotamos.

Observe-se, no entanto, que a Lei nº 11.343, de agosto de 2006, encerra definitivamente a questão, estabelecendo, de modo expresso: (a) por primeiro, a revogação das leis anteriores (Leis nos 6.368/76 e 10.409/02), consoante previsto no seu art. 75; (b) ao depois, por força do contido no art. 70, parágrafo único: *O processo e julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei* (crimes de guarda, depósito, transporte e fabrico de instrumentos para o tráfico, bem como condutas atinentes à associação e organização criminosa ligadas ao tráfico), *se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal. Parágrafo único: os crimes praticados nos municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva*.

Bem. Por crime *transnacional* há de se entender apenas aqueles que mantenham a *internacionalização* mencionada na Constituição da República, no art. 109 e incisos. A escolha do prefixo (*trans* e não *inter*) é questão semântica. Assim, não há que se falar mais na aplicação da chamada competência por delegação em tais situações.

Por fim, acresça-se que a Lei 13.964/19 prevê a competência do juízo federal de execução penal para as ações penais que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações ocorridas dentro de estabelecimento penal federal.

7.6 Competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral

Ainda em tema de competência de jurisdição, vale dizer, da competência por repartição de Justiças especializadas em razão da *matéria*, tem-se a competência da Justiça *Eleitoral* e da Justiça *Militar*. Na linguagem corrente, integraria o rol das jurisdições chamadas *especiais* também a competência da Justiça do Trabalho. Entretanto, a Justiça do Trabalho não tem jurisdição *penal*, daí por que não será objeto de nossas preocupações, o mesmo ocorrendo com a competência para o julgamento dos denominados crimes de responsabilidade, cuja competência constitucional é atribuída, como vimos, a órgãos da jurisdição *política*.

A definição constitucional não deixa margem a dúvidas: são da competência da Justiça Eleitoral os crimes definidos em lei como crimes *eleitorais*, assim como pertencem à jurisdição militar os crimes qualificados como tal na legislação. Por óbvio, não é necessário que semelhantes delitos estejam incluídos nos respectivos Códigos Eleitoral e Penal Militar, podendo estar previstos em leis específicas.

Em relação à competência destas jurisdições, acrescente-se apenas:

a) nos termos da Emenda Constitucional nº 45/04, lei estadual deverá adequar a atual estrutura da Justiça Militar nos Estados, que deverá ser constituída, em primeiro grau, pelos Juízes de Direito e pelos Conselhos de Justiça (órgão colegiado, presidido por Juiz de Direito), e, em segundo, pelo Tribunal de Justiça, ou Tribunal de Justiça Militar, nos Estados em que o efetivo militar seja superior a 20 mil integrantes (art. 125, § 3º).

   Aos Juízes de Direito da Justiça Militar (órgão singular) competirá o julgamento dos crimes militares cometidos contra civil, cabendo ao Conselho de Justiça (órgão colegiado) o processo e julgamento dos demais crimes militares.

   A Justiça Militar estadual julga, portanto, os militares (policiais e bombeiros) nos crimes militares definidos em lei, ressalvada a competência do

Tribunal do Júri, quando a vítima for civil (art. 125, § 4º);

b) a Justiça Militar *Federal*, ao contrário, julga tanto civis como militares;

c) a Lei nº 13.491/17, alterando o disposto no art. 9º do CP Militar, prevê a competência da Justiça *Comum* (federal ou estadual) para o julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, estando ou não em serviço, salvo quando forem praticados em alguma das situações elencadas no § 2º daquele dispositivo, quando o órgão competente será a Justiça Militar da União;

d) a competência da Justiça *Eleitoral* estende-se ao julgamento de *outras* infrações penais, na hipótese de concurso de crimes entre delitos *comuns* e crimes *eleitorais*, como veremos;

e) a competência da Justiça Militar somente aprecia delitos militares, impondo-se separação obrigatória dos processos em caso de concurso de crimes (comuns e militares), diante da absoluta *especialização* e *especialidade* dessa jurisdição.

Relativamente à competência militar envolvendo crime doloso com resultado morte, de se mencionar decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 91003 (*Informativo STF* nº 468), Rel. Min. Cármen Lúcia, vencido o Min. Marco Aurélio, no qual se deixou consignadas a aplicação e a constitucionalidade do art. 9º, III, *d*, do Código Penal Militar, de cujo texto se extrai: "*art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:* [...] *III – os crimes praticados por* [...] *civil* [...]; *d)* [...] *contra militar em função de natureza militar ou no desempenho de serviço de vigilância* [...]".

Na hipótese, tratava-se de conduta praticada contra militar que se encontrava de sentinela em posto de vila militar, com o propósito de roubar-lhe a arma, e da qual resultou a morte dolosa da vítima.

Em trabalho publicado em obra coletiva, tivemos a oportunidade de nos deter sobre a matéria nos seguintes termos: "*Ora, a toda evidência, a tipificação do fato, à luz dos dispositivos mencionados, não encontra ressonância na ordem constitucional brasileira, ainda que se saiba que os crimes militares são aqueles assim* definidos em Lei (art. 124, parágrafo único, Constituição da República)." (*De*

competência e de incompetência: em busca da fundamentação perdida. Disponível em: <www.eugeniopacelli.com.br>).

Na verdade, é exatamente a *motivação* do agente que afastaria a aplicação do tipo penal previsto no CPM. Para que se possa admitir um crime como de natureza militar, parece-nos indispensável, ou uma ação *dirigida contra a instituição*, ou uma ação *praticada pelo militar*, do mesmo modo que se exige, para os chamados crimes *políticos* a motivação política da conduta (Lei nº 7.170/83, art. 2º). Tampouco é suficiente a *condição* de *militar*, como, aliás, se ressaltou na decisão do Supremo Tribunal Federal (neste sentido, recentemente o STJ julgou que compete à Justiça Comum – Tribunal do Júri – o julgamento de homicídio praticado por um militar contra outro, precisamente pelo fato de ambos estarem fora do serviço no momento do crime – CC 170.201-PI, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior).

Note-se, ainda, que mesmo o crime praticado por militar contra civil, quando contra a vida, é da competência do Tribunal do Júri, por força do que se contém no art. 9º do Decreto-Lei 1.001/69. Há ressalva na Lei nº 13.491/17, afirmando a competência da Justiça Militar da União e caracterizando como tal (militar) a natureza dos crimes dolosos contra a vida de civis quando praticados em determinados contextos de ações militares, realizadas na forma do § 2º do art. 9º do Código Penal Militar.

Então, do ponto de vista constitucional, não há como aplicar o delito previsto no citado CPM sem que se tenha presente uma lesão à instituição militar, em razão *dela mesma*. Do contrário, o crime praticado por civil haverá de ser julgado na Justiça comum.

E, no caso em tela, se prevalecente a jurisprudência acerca do latrocínio, a competência deveria ser do Juiz Federal, dado que atingido o patrimônio da União. E, de outro lado, se não comprovada a presença dos elementos configuradores do latrocínio, a hipótese, inegavelmente, seria da competência do Tribunal do Júri, mas não da Justiça castrense.

Por tais razões não aderimos ao entendimento da Suprema Corte.

7.7 A competência territorial

Uma vez identificado o juiz natural, ou seja, a competência de *jurisdição*, o próximo passo a ser dado na descoberta do juízo competente para o julgamento de determinada ação penal há de ser encontrado na legislação ordinária, *infraconstitucional*, cujas regras têm em vista e levam em consideração a tutela concreta *do processo*, e não mais da descoberta das fontes constitucionais da jurisdição, já definidas previamente, seja em razão *da matéria*, seja em razão da *função exercida pelo agente*.

Assim, busca-se a proteção da *qualidade* da atuação jurisdicional, pela via concreta, isto é, por meio do processo, cercado, então, de regras procedimentais que permitirão o provimento judicial final mais adequado aos interesses de todos os envolvidos na questão penal.

Posta de outra maneira a questão, poderíamos dizer que, enquanto as regras da competência em razão da *matéria* ou em virtude das altas funções exercidas pelo acusado (portanto, em razão da *pessoa* por *prerrogativa de função*) configuram critérios para a escolha mais adequada do *juiz da causa – juiz natural –*, a competência infraconstitucional cuida da escolha do *processo mais adequado*.

Aqui, a maior preocupação da legislação ordinária é, pois, com a reconstrução da verdade processual, atentando-se sobremaneira à qualidade da instrução probatória e às regras atinentes e pertinentes à formação do convencimento judicial.

Por isso, compreensivelmente, a primeira regra processual de determinação da competência é justamente *o lugar da infração* (competência *ratione loci*).

Antes de passarmos em revista todos os critérios que podem ser aplicados na distribuição ordinária da competência, parece-nos conveniente, já aqui, uma abordagem mais detalhada da questão atinente à competência relativa e à competência absoluta. É o que se verá a seguir.

7.7.1 Competência relativa e competência absoluta

Como procuramos demonstrar anteriormente, a eleição do juiz natural, não só pelo fato de se tratar de norma de natureza constitucional, mas também em razão da preocupação com a qualidade da prestação ou, como preferimos, da tutela jurisdicional, implica a escolha do *juiz mais adequado* ou da *melhor jurisdição* para o julgamento do caso penal.

Nesse sentido, a subtração ao juiz cuja competência seja prevista na Constituição, é dizer, o seu afastamento por *quaisquer* critérios que não constituam exceção de natureza constitucional, configurará sempre violação à regra do juiz natural, seja como instituição do juiz ou tribunal de exceção, maculando-se a impessoalidade que deve imperar na distribuição de jurisdição, seja como *inadequação* do serviço estatal prestado.

Uma decisão do Juiz *Estadual* em matéria de crime de natureza *federal* não pode nem deve ser admitida ou considerada válida. E, como já mencionamos, não é porque o Juiz Estadual seja, em alguma medida, inferior ou menos preparado que o Juiz Federal. Mas é que, em razão da *matéria*, a jurisdição *mais adequada*, por critérios de ponderável racionalidade, será aquela que ordinariamente julga crimes federais, isto é, a jurisdição *especializada* em crimes federais. O mesmo serve para explicar as razões pelas quais não se deve admitir uma decisão judicial proferida pela Justiça Militar em crime comum ou uma decisão da Justiça do Trabalho em matéria criminal.

Diz-se, portanto, que uma competência é *absoluta* quando ela não puder ser flexibilizada, é dizer, quando estiver em risco a própria jurisdição como Poder Público, como constitucionalmente responsável pela tutela da questão penal. Aqui, o interesse é eminentemente *público*, indisponível e inafastável por qualquer decisão dos interessados que concretamente estejam integrando determinada relação processual, sejam eles *partes* (acusado, Ministério Público, assistentes de acusação), seja o próprio órgão julgador. Trata-se, pois, de interesse metaprocessual, então identificado como aquele que ultrapassa a fronteira do interesse dos envolvidos em determinado e específico processo para atingir todo e qualquer outro processo, já passado, em curso ou, ainda, a ser instaurado.

Tal modalidade de incompetência, como intuitivo, não se submete à preclusão,

podendo ser alegada até mesmo após o trânsito em julgado da sentença *condenatória* (da *absolutória*, não, diante da proibição de *revisão pro societate*, como vimos nos princípios fundamentais do processo penal).

Já a competência *relativa*, ou territorial, é aquela que pode ser flexibilizada ou, de modo mais simples, *relativizada*, dependendo do exame concreto de determinada relação processual e do interesse das partes envolvidas. Explica-se.

Como já mencionado, as regras infraconstitucionais de competência têm em vista a tutela imediata do processo em curso, de modo a conduzir ou possibilitar um provimento judicial final o mais acertado possível. E, também como já adiantamos, tais regras dirigem-se à qualidade da instrução criminal e da formação do convencimento judicial.

Ora, desde que observados os princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, o fato é que quem deve aferir da qualidade da instrução e da suficiência do conjunto probatório levado a juízo é, precisamente, e em regra, a quem puder interessar a sua produção: o acusado e o órgão da acusação. É por essa razão que o Código de Processo Penal abre ensejo a que as partes processuais excepcionem a incompetência *relativa* do juízo, por meio do incidente denominado exceção de incompetência, o que deverá ser feito a tempo e modo oportunos, sob pena de preclusão.

No processo penal, aliás, a incompetência, relativa ou a absoluta, podem ser alegadas também na chamada defesa *direta*, por ocasião do enfrentamento da acusação, já na resposta escrita (art. 396, CPP). Assim, não é necessária a autuação em separado da exceção de incompetência.

Aqui também, e ao contrário do processo civil, permite-se ao juiz, *ex officio*, a declinação da incompetência relativa, conforme se observa no art. 109 do CPP. E, para isso, há explicação lógica, do ponto de vista do Código.

Com efeito, se o juiz do processo penal brasileiro, fundamentado no princípio do livre convencimento e da busca da verdade material (verdade ou verossimilhança *provada)*, foi munido de iniciativa probatória, nenhuma surpresa que a ele se deferisse, ao tempo do Código de Processo Penal, a permissão também para a

declinatória de foro (incompetência), quando entender que o *lugar* em que se estiver desenvolvendo a ação penal não permite a mais completa e adequada produção probatória.

Como veremos ao exame das nulidades (item 15.6), a aplicação do art. 109, CPP, deverá ser limitada, porém, ao início da audiência de instrução e julgamento, em face do princípio da identidade física do juiz, a impor que o magistrado que tiver instruído o processo deverá sentenciá-lo. Fora daí, se não houver alegação das partes, haverá preclusão *também para o juízo*.

7.7.2 Critérios de determinação da competência infraconstitucional

7.7.2.1 O lugar

A primeira regra de fixação da competência no Código de Processo Penal, como vimos, é a do lugar da infração, em razão das maiores facilidades na coleta do material probatório disponível, bem como de sua produção em juízo.

Impõe-se então saber-se o que entende o Código de Processo Penal por *lugar da infração penal*.

Enquanto o nosso Código Penal e também a Lei nº 9.099/95, dos Juizados Especiais Criminais, consideram lugar da infração tanto o lugar onde se praticou a conduta quanto onde se produziu ou deveria se produzir o resultado, adotando a teoria da *ubiquidade* (que reúne a teoria da *atividade* – lugar da conduta – e do *resultado*), o nosso Código de Processo Penal adotou a teoria do *resultado*, que considera lugar da infração o local onde se consumou o crime. No caso de *tentativa*, o lugar será o do último ato de execução (prevalece, portanto, a teoria da *atividade*). E, esclarecendo: a Lei nº 9.099/95 (dos Juizados Criminais) não especifica o que entende por *lugar da infração* (art. 63). Assim, tanto se poderia recorrer à regra geral do CPP (art. 70) quanto ao Código Penal (art. 6º), que dispõem de modo diverso sobre a matéria. Pensamos que se deve aplicar esta última regra, que considera lugar da infração tanto

o da ação ou omissão quanto o do resultado (ou onde deveria ocorrer, na tentativa). E isso porque os Juizados são orientados pela conciliação e não pelo processo condenatório. Assim, a teoria da *ubiquidade* é muito mais eficiente para tais finalidades (de conciliação).

Se a razão preponderante para a adoção do critério do lugar como regra primeira no Código de Processo Penal deveu-se à questão probatória (a facilidade de sua produção), por que motivo teria a nossa legislação processual penal optado pela regra do *resultado*?

Acreditamos que a explicação esteja ligada às preocupações com a chamada *perpetuatio jurisdictionis*, princípio processual segundo o qual, uma vez iniciada a ação penal perante o juiz territorialmente competente, as modificações e/ou alterações de competência somente deveriam ocorrer de modo excepcional, de modo a preservar, o mais amplamente possível, a celeridade que deve informar o processo penal, evitando-se os inconvenientes decorrentes da declinatória de foro.

Assim, ao que se nota, ao legislador do Código de Processo Penal pareceu inoportuna a adoção da teoria da *ubiquidade*, em razão da possibilidade da maior incidência de dupla territorialidade (ou lugar do crime) nas ações penais, o que reclamaria a existência de um critério objetivo para resolver acerca da maior utilidade de um (lugar da ação) ou outro (lugar do resultado) foro.

Parece-nos, porém, que a questão poderia ser resolvida de outro modo, adotando-se até mesmo a teoria da *atividade* (lugar da ação), muito mais indicada ao atendimento das exigências probatórias.

Também a teoria da *ubiquidade* é superior àquela adotada pelo Código de Processo Penal, revelando-se, a nosso aviso, a mais adequada. Como veremos, a *prevenção* é uma regra de fixação de competência *subsidiária* das demais, é dizer, cuja aplicação depende da insuficiência das demais. Assim, segundo nos parece, seria perfeitamente possível a sua inclusão como norma subsidiária à regra do lugar, cuja aplicação ocorreria, além dos casos já previstos no Código de Processo Penal, na hipótese de crime praticado em um lugar, com resultado ou consumação em outro (os chamados crimes *plurilocais*). Nessas situações, do mesmo modo que se aplica a

prevenção quando não se souber o local do crime ou quando for incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições (art. 70, § 3º), também aqui seria perfeitamente possível e cabível a sua aplicabilidade.

E por que a teoria do *resultado*, que considera lugar da infração o local onde ela se consumou ou deveria se consumar (se apenas tentado o crime), não seria adequada?

Ora, tomemos um exemplo de ocorrência bastante factível. Imagine-se, por exemplo, um homicídio em que a ação delituosa é praticada em determinado lugar, na presença de inúmeras testemunhas, com a morte da vítima ocorrendo *em outra cidade*, para onde fora removida para fins de atendimento médico mais adequado. Como justificar a utilidade da fixação da competência no Tribunal do Júri do local onde se *consumou* o crime, como quer a regra do art. 70 do CPP?

Como se vê, a aplicação dessa regra processual não é muito simples. No caso, por exemplo, do crime de cheques sem fundo, há jurisprudência *sumulada* no STF (Súmula 521) no sentido de que a competência seria do juiz do lugar onde ocorrera a recusa do pagamento pelo sacado, elegendo-se o local, portanto, onde o correntista mantinha a sua aplicação financeira. Sem dúvida, pela regra do resultado, nada mais tranquilo.

Entretanto, há também entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça (Súmula 48), dando pela competência do juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheques. Aqui, uma indagação: teria sido aplicada a regra do lugar da consumação? O tipo penal do estelionato não exige, para sua configuração, o prejuízo alheio? Parece-nos que somente a partir da efetiva *recusa* de pagamento do cheque falsificado é que estaria consumado o estelionato. E mais: no exemplo dado, se o banco sacado, por qualquer motivo, aceitar e pagar o cheque falsificado, tanto a vítima quanto o local do *prejuízo alheio* seriam outro – a vítima seria o correntista, e não o comerciante que aceitara o cheque falsificado –, embora o lugar da *vantagem* fosse o da aquisição da mercadoria.

Felizmente, a jurisprudência vem abrandando, excepcionalmente, o rigor da teoria

do resultado, para admitir a competência do juízo *onde se praticou a ação delituosa*, ainda que outro tenha sido o local da consumação, diante da necessidade de se preservar o máximo possível o conjunto probatório disponível.

Dificuldade alguma oferece a hipótese dos chamados crimes à *distância*, em que o início da execução ocorre em território nacional e a consumação fora dele (art. 70, § 1º), ou vice-versa (art. 70, § 2º): a competência será do juiz do local onde tiver sido praticado o último ato de execução (no primeiro caso), ou onde se consumou ou deveria se consumar a infração penal (segundo caso).

E por crimes *plurilocais* entendem-se aqueles delitos em que *parte* do *iter* criminoso seja realizado em mais de um lugar. Nessas situações, a regra a ser observada, por primeiro, é a do local do resultado, isto é, do local onde se consumou a infração.

Embora as questões atinentes à consumação do delito exijam reflexões mais de Direito e não do Processo Penal, podemos, também aqui, deixar consignado que se considera consumado o delito quando nele se reúnem todos os elementos do tipo penal (art. 14, § 1º, CP). Como se sabe, todo delito apresenta um resultado, no âmbito da *lesividade* a um determinado *bem* juridicamente (pelo Direito) protegido, daí falar-se em um resultado *normativo*, quando não houver alteração *naturalística* da realidade pela ação delituosa. Na hipótese de não ter sido atingido *efetivamente* o bem jurídico, por fato alheio à vontade do agente, tendo sido ele apenas exposto a risco de lesão pela conduta tipificada penalmente, caso da *tentativa*, a competência será do local onde se realizaram os *últimos* atos de execução (art. 70, CPP).

Assim, também nos crimes plurilocais em que a conduta tenha se realizado em mais de um lugar, será considerado o local dos *últimos* atos de execução, para a definição da competência no caso de delito tentado.

7.7.2.2 A natureza da infração

O segundo critério para se apontar a competência para o julgamento de determinada ação penal é o da *natureza* da infração. Isso porque, nas cidades de

maior porte, a jurisdição obedece a diversas outras repartições, conforme o disposto nas leis de organização judiciária, distribuindo-se a competência criminal por varas *especializadas*. É o caso, nos grandes centros, de Varas Criminais de Tóxicos, de Crimes de Trânsito etc., que, ao lado dos Juizados Especiais Criminais e do Tribunal do Júri, competentes para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, reclamam a sua competência em razão da natureza da infração penal.

Ressalve-se, todavia, que a competência do Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida – art. 74, § 1º) e a do Juizado Especial Criminal (infrações penais de menor potencialidade lesiva – art. 61, Lei nº 9.099/95, e art. 2º, Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, *no âmbito federal*, alteradas ambas pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006) *não são reguladas pelas leis de organização judiciária* e configuram competência de *jurisdição*, sendo a competência do primeiro firmada em razão *da matéria* – o que implica a impossibilidade de se reconhecer validade às decisões proferidas por outros órgãos jurisdicionais – e a do segundo (Juizados Especiais), em razão do *rito* ou *procedimento*, cuja violação poderá significar violação ao *devido processo legal*.

A competência dos Juizados para os procedimentos conciliatórios (transação penal) nela previstos não é exclusiva, como é óbvio. Várias infrações eleitorais, por exemplo, são passíveis de transação penal – em razão da pena cominada – que são realizadas naquela Justiça (Eleitoral).

Conforme teremos oportunidade de examinar (item 14.5), não será o fato de se estar ou não diante dos Juizados Especiais Criminais que irá determinar a aplicação dos institutos despenalizadores (ou descarcerizadores) previstos na Lei nº 9.099/95 e na Lei nº 10.259/01.

Na linha, aliás, do que sempre sustentamos, a Lei nº 11.313/06 parece não deixar mais espaços a dúvidas, ao dispor que, no concurso (conexão e/ou continência) entre crimes da competência dos Juizados e de outros (Juiz singular comum ou Tribunal do Júri), prevalecerá a competência destes últimos. Por óbvio, daí não se poderá concluir que estaria também afastada a transação penal e/ou as regras previstas para a hipótese de composição civil, independentemente da modificação de competência.

Aliás, é nesse sentido a Lei nº 11.689/08, que modificou inteiramente o procedimento do Júri, ao atribuir, primeiro ao Júri, o julgamento da infração de menor potencial ofensivo, quando conexo a crime doloso contra a vida, e, depois, ao juiz-presidente, se em virtude de desclassificação operada pelo Júri, observando-se, em qualquer situação, o modelo consensual previsto na Lei nº 9.099/95 (art. 492, §§ 1º e 2º, CPP).

Nos demais exemplos, Varas de Tóxicos, Trânsito etc., a competência é relativa, como também relativa será a nulidade decorrente de sua não observância, desde que respeitados os ritos processuais que eventualmente sejam constitutivos da ampla defesa e do contraditório. Havendo violações a tais princípios, a nulidade será absoluta.

Ainda neste tema, é importante destacar que a Lei nº 13.964/19 incluiu o art. 1º-A à Lei nº 12.694/12, prevendo a possibilidade de os tribunais (estaduais e regionais federais) instalarem (mediante resoluções) *varas criminais colegiadas* com competência para processo e julgamento: a) de crimes relacionados a organizações criminosas *armadas* ou que tenham armas *à disposição*; b) do crime do art. 288 do CP (associação criminosa); e c) de infrações penais conexas aos crimes anteriores.

Excepcionando-se a regra do "juiz de garantias" (art. 3º-A e seguintes, CPP), o § 1º do art. 1º-A da Lei nº 12.694/2012 dispôs expressamente que as varas criminais colegiadas terão competência para *todos os atos jurisdicionais* no decorrer *da investigação, da ação penal e da execução da pena*, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado.

Conforme previsão do § 2º, é obrigação do juiz declinar de sua competência e remeter os autos à vara criminal colegiada de sua circunscrição ou seção judiciária desde que o feito que lhe foi distribuído trate da matéria referida no art. 1º-A (não se olvide que a declinação de competência no processo penal se dá – ou *deveria* se dar – inclusive de ofício, mesmo em se tratando de incompetência relativa (art. 109, CPP)). Veja-se que claramente excepcionou-se também aqui o princípio da *perpetuatio jurisdicionis*. Assim, feito o declínio, a vara criminal terá competência para *todos os atos processuais posteriores*, inclusive de execução (§ 3º).

De outra parte, há quem sustente que as regras de organização judiciária também se instituem como competência *absoluta*.

Pensamos que não.

A nosso juízo, somente a Constituição Federal pode definir regras relativas à competência absoluta, em razão da função ou em razão da matéria. Embora não se possa negar que as normas de organização judiciária, quando criam *varas especializadas*, estão estabelecendo competência *por matéria*, o fato é que o princípio do juiz natural e, assim, da competência absoluta, impõe-se apenas como competência de *jurisdição* (da Justiça *Federal, Estadual, Militar, Eleitoral, Trabalhista etc*.). Por isso, independentemente da instituição de varas *especializadas*, se a matéria é da competência (constitucional) de Juiz de Direito, o vício de incompetência será relativo, se não obedecida a organização judiciária (quando a decisão for proferida por um Juiz de Direito, de *outra Vara*).

Sobre o tema, um pouco mais se dirá adiante (item 7.8), em relação à *perpetuatio jurisdictionis*.

7.7.2.3 O domicílio ou residência do réu

O domicílio ou residência do réu somente determinará a competência quando não for conhecido o lugar da infração, ou, sendo ele conhecido, tratar-se de ação penal *privada* (art. 73), quando, então, poderá o querelante (autor da ação) escolher entre um e outro foro.

Como se observa, a excepcionalidade da regra nas ações privadas tem em vista especial proteção à pessoa da vítima e pode ser explicada pela celeridade processual que se exige nessas modalidades de ação penal, em que se requer do autor uma atuação diligente, sob o risco da decadência (art. 38), e em permanente vigilância com o regular andamento da causa, sob pena de perempção (art. 60, I, II e III).

Se o acusado tiver mais de uma residência ou ela não for conhecida, ou ignorado o seu paradeiro, aplicar-se-á a regra da *prevenção*.

7.7.2.4 A prevenção

De modo geral, a prevenção constitui critério *subsidiário* de determinação de competência, no sentido de ser aplicado apenas diante da insuficiência dos demais. E, tratando-se de competência *territorial*, é também critério de competência *relativa*, como *relativa* é a nulidade decorrente de sua não observância (Súmula 706, STF).

Semelhante ponto de vista é correto, mas é preciso esclarecer um pouco mais essa *subsidiariedade*.

Em primeiro lugar, para que tenha lugar a aplicação da prevenção é indispensável a concorrência de dois ou mais juízes, *igual* e *originariamente* competentes. Evidentemente, estamos nos referindo à competência territorial. Daí se dizer que o critério do *local da infração* não ter sido suficiente para se apontar o juiz da causa.

Do mesmo modo, quando desconhecido o lugar da infração, pode ser que o acusado possua mais de uma residência, ou que não tenha qualquer uma, ou, ainda, que seja ignorado o seu paradeiro, o que, em princípio, inviabilizaria a aplicação do critério do domicílio ou residência. Em tais situações, *subsidiariamente* deve ser aplicada a regra da prevenção.

Presente, pois, o primeiro requisito – existência de dois ou mais juízes igualmente competentes –, a competência será determinada pela antecedência da prática de qualquer ato de *conteúdo decisório* (art. 83). E por que seria de *conteúdo decisório*, se o citado art. 83 não faz qualquer referência a semelhante exigência, dispondo apenas a circunstância de "*um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa*"?

Percebe-se a preocupação do legislador em se referir às duas fases da persecução penal, quais sejam, a fase *pré-processual* – anterior à ação penal – e a fase *processual* propriamente dita.

Em relação a esta última, é bem de ver que o só *recebimento* da denúncia ou queixa já constitui um ato impregnado do *conteúdo decisório* a que nos referimos, na medida em que, *em tese*, pressupõe o exame e já afastamento de algumas questões

relativas às condições da ação, dos pressupostos processuais e da própria afirmação da competência. Por óbvio, não estamos sugerindo que o ato de recebimento impediria o juiz de reexaminar tais questões posteriormente, mas apenas que o exercício da jurisdição pressupõe um juízo prévio, de delibação, acerca da viabilidade da ação penal então instaurada.

Já no que respeita à fase *pré-processual* (diz o art. 83, CPP: "*ou de medida a este relativa [...]*"), a palavra *medida* ali empregada não pode estar se referindo a quaisquer atos investigatórios praticados no curso de inquérito ou de procedimento administrativo, mas *unicamente* à atuação jurisdicional, isto é, ato do juiz, no exercício da tutela da jurisdição penal. Explica-se.

Como se sabe, o exercício da jurisdição, em regra, somente ocorre na fase *processual*, com a instauração da ação e, assim, com a formação da relação processual. O inquérito policial, bem como qualquer procedimento investigatório levado a cabo por autoridade administrativa a quem a lei atribuir competência (art. 4º, parágrafo único, CPP), não constitui ato de exercício de jurisdição, prestando-se apenas à formação do convencimento do órgão responsável pelo exercício da ação penal.

Todavia, no curso de tais procedimentos administrativos, pode ocorrer a necessidade da adoção de medidas restritivas de direito individual, de que é exemplo mais eloquente a prisão em flagrante. Nessa hipótese, o controle de legalidade de um ato dessa natureza, bem como a apreciação da necessidade de *manutenção* da medida restritiva, haverá de pertencer ao Judiciário, que exerce a parcela de Poder Público que responde pela jurisdição. E assim é porque, no exemplo dado, a prisão efetuada tem imediata relação de *instrumentalidade* com o processo e a regularidade da atuação jurisdicional. Por isso, nesse caso, a *restituição da* liberdade, mediante a imposição de outra cautelar, com ou sem fiança, ou mesmo o relaxamento da prisão, serão atos de *conteúdo decisório*, a determinar a prevenção do juízo.

Do mesmo modo, tornará prevento o juiz o ato praticado por aquele que, igualmente competente, anteceder a outro ou outros na decretação da prisão preventiva ou mesmo da prisão temporária, uma vez que tais medidas ostentam nítido

caráter cautelar (com a necessária apreciação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* – traduzido aqui pela *aparência do delito*), acauteladoras dos interesses da jurisdição e do processo penal futuro que ali já se anuncia, potencialmente.

Nessa linha, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 80.717/ SP, Rel. Min. Ellen Gracie,*Informativo STF* nº 338, de 23.2.2004 a 5.3.2004, em relação ao pedido de quebra de sigilo bancário. Consta na ementa do julgado que "*prevento é o juízo da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, por ter, antes de qualquer outro, despachado, determinando a quebra do sigilo bancário de corréus em processo conexo anterior, o que impede a livre distribuição de denúncias posteriores*". Note-se, porém, acerca da última afirmação, que, do mesmo modo que ocorre em relação às demais modalidades de competência territorial, a não observância da regra da *prevenção* implica nulidade *relativa*, sujeita, pois, à preclusão.

Também a expedição de mandado de *busca e apreensão* configura ato de prevenção do juízo, tendo em vista o conteúdo inegavelmente decisório do ato judicial que excepciona a norma constitucional de garantia da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF).

Não constituirão atos de prevenção, porém, a simples antecedência de distribuição de inquérito policial ou mesmo de ação penal ainda não despachada, pela simples razão de não conterem, ambos, nenhuma atuação jurisdicional, rigorosamente falando.

Nesse sentido, a apreciação de pedido de *habeas corpus*, que, como veremos, constitui modalidade de ação autônoma, e não recurso, igualmente tornará prevento o juízo, na medida em que tanto a rejeição da ordem quanto a sua concessão, implicam, em regra, o conhecimento prévio da questão penal, com apreciação, ainda que sumária, da viabilidade da persecução penal.

Do ponto de vista de um modelo processual orientado pelo princípio *acusatório*, no qual o papel do juiz não pode ultrapassar as fronteiras de sua necessária imparcialidade, o critério da *prevenção* até pode ser criticado, na medida em que a *antecipação* no conhecimento de alguma questão relevante no processo poderia já se cristalizar desde aquele primeiro momento.

No entanto, nada há na Constituição da República que exija a instituição de um juiz para a fase de investigação e outro para a fase de processo. Seria o ideal, como consta, aliás, do Projeto de Lei nº 8.045/10, elaborado por uma Comissão de Juristas que tivemos a honra de integrar, na condição de Relator-geral (o chamado *juiz das garantias*). Mas não se trata de imposição constitucional.

7.7.2.5 A distribuição

Embora a prevenção tenha sido apresentada como critério subsidiário, preferimos abordá-la antes da regra da distribuição, em razão de seu maior interesse prático e mesmo teórico.

A antecedência na distribuição do inquérito ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa (imposição de medida cautelar, pedido de restituição da liberdade, com ou sem fiança, decretação de prisão preventiva, como exemplificado no art. 75, CPP) fixará a competência quando houver, na mesma circunscrição judiciária, mais de um juiz igualmente competente.

Ocorre, todavia, que a antecedência da distribuição somente preponderará na hipótese de não ter sido praticado, por um dos juízes igualmente competentes, qualquer ato de conteúdo decisório, pois, assim ocorrendo, a norma a ser aplicada é aquela do art. 83, e não a do art. 75. A explicação é singela: a preocupação do legislador é com a antecedência do *conhecimento* da causa, efetivo e concreto, por um dos juízes cuja competência originária seja a mesma.

7.8 Modificação de competência e *perpetuatio jurisdictionis*

Antes de adentrarmos o mérito da questão, deixamos já à vista a expressa e excepcional possibilidade de modificação de competência – na verdade, de jurisdição –, prevista na pró-pria Constituição da República, consoante os termos do disposto no § 5º do art. 109. Nele se prevê o incidente de *deslocamento* da competência estadual *para* a federal, tendo por legitimado o Procurador-Geral da República, e a ser *resolvido* pelo Superior Tribunal de Justiça, em hipótese de *grave*

violação a direitos humanos, quando previsto em tratado internacional subscrito pelo Brasil. Maiores considerações sobre o tema no item 7.5.1.1, alínea *b*.

Continuemos.

Como regra, a ação penal instaurada perante um juízo *territorialmente* competente deverá ali ter o seu completo desenvolvimento, quando não for excepcionada a sua incompetência, seja *ex officio*, seja por qualquer uma das partes por meio do incidente conhecido por exceção de incompetência.

A *perpetuatio jurisdictionis* atende aos interesses da reta aplicação da lei penal, impedindo, o quanto possível, as alterações de competência, com o objetivo do máximo aproveitamento dos atos processuais praticados, em benefício de uma persecução penal mais ágil e livre de obstáculos protelatórios.

Em uma imagem talvez ousada, diríamos que a *perpetuatio jurisdictionis* seria como uma companheira inseparável do princípio da identidade física do juiz, uma vez que ambos se destinam a preservar o conhecimento judicial da causa já realizado pelo juiz a quem ela foi distribuída e que já realizou a instrução probatória.

É importante ressaltar que o Direito Processual brasileiro passou a contemplar o princípio da *identidade física*, a partir da Lei nº 11.719/08, ao dispor que *o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença* (art. 399, § 2º, CPP). Nesse cenário a *perpetuatio* mais e melhor se justifica, ao menos como regra geral.

As exceções à regra da *perpetuatio* devem vir expressamente previstas em Lei, até para se evitar a instituição de juízos de exceção, designados especificamente para apreciação de determinados processos, sem observância da exigência de *impessoalidade* e *imparcialidade* da jurisdição. Devem também atender a critérios racionais de adequação da tutela jurisdicional, sobretudo àqueles inseridos no amplo contexto do *devido processo legal*.

Hipótese expressa de *perpetuatio jurisdictionis* é aquela contida no art. 81 do CPP, que cuida da desclassificação feita pelo juiz ou tribunal em processo cuja competência determinou a atração do juízo para o julgamento de infrações conexas ou continentes. Assim, ainda que o juiz *altere* a definição do tipo penal a ser julgado

naquele processo, e do que resultaria, em tese, a modificação da competência, por exigência de aplicação das regras previstas no art. 78 (eleição do foro prevalente em caso de conexão e de continência), permanece ele competente para o julgamento de todas as infrações ali reunidas, perpetuando-se ou prorrogando-se a sua jurisdição. A razão é óbvia: aproveitamento máximo da instrução ali realizada, já que a desclassificação, como regra, somente é feita na fase decisória, isto é, após a instrução da causa.

Outra hipótese, mais complexa, em que se poderá falar na exigência ou não da *perpetuatio*, diz respeito à criação de novas *varas e/ou juízos criminais* por meio de normas locais de organização judiciária, no sentido de se saber se essas novas varas ou juízos poderiam receber os processos já em curso naquelas outras, a elas anteriores, e originariamente competentes para o processo e julgamento das referidas causas.

Diante da ausência de regra expressa, argumenta-se acerca da possibilidade de aplicação subsidiária da regra do art. 43 do CPC, no qual se prevê que a competência deve ser fixada *no momento do registro ou da distribuição da petição inicial*. Fala-se, ainda, que a *perpetuatio jurisdictionis* teria acolhida expressa no art. 83 do CPP (MIRABETE, 1995, p. 175).

Pensamos que a questão não é mesmo simples, embora não nos pareça que possa ser resolvida com base no critério, puro e simples, da analogia ao disposto no art. 43 do CPC/2015.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que a matéria objeto dessas considerações diz respeito, *obviamente*, à competência territorial, já que as demais, em razão da *matéria* e em razão da *prerrogativa de função*, têm foro na Constituição da República, a salvo, portanto, de quaisquer determinações de regramentos resultantes de organizações judiciárias estaduais.

Cumpre, então, distinguir: uma coisa é a alteração, por criação de juízo, de competência territorial *por matéria*, e outra é a alteração de competência *material*, isto é, constitucional. A primeira, territorial por matéria, está ao alcance das leis de organização judiciária, a quem ou de quem se espera exatamente uma melhor

distribuição operacional da jurisdição. Um exemplo de tal modalidade de alteração de competência *territorial* por matéria: em determinada comarca, pode ser criada uma Vara de Família, especializada, portanto, no julgamento de questões relativas ao Direito de Família. Embora se cuide de alteração *por matéria*, é bem de ver que não se trata da competência *material* constitucional, que trata das competências de *jurisdição*.

Já a competência *material* constitucional diz respeito à fixação de competência por jurisdição, em razão da matéria reservada a cada uma delas: à Justiça Federal, a *matéria* de direito no âmbito federal (envolvendo os interesses da União, autarquias e empresas públicas federais); à Justiça Eleitoral, a *matéria* de Direito Eleitoral; à Justiça Militar, a *matéria* de Direito Militar, e assim por diante. Sobre a competência jurisdicional fixada em leis de organização judiciária, ver nossas considerações alinhadas no item 3.3.1.1.

Relembre-se aqui, por oportuno, do disposto na Lei nº 9.299/96, que alterou a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, quando praticados por militares contra civis, passando-a, então, para a competência da Justiça Comum (estadual ou federal), conforme o disposto no art. 1º.

Diz o art. 9º, § 1º, do Código Penal Militar, com a alteração promovida pela recente Lei nº 13.491/17 (que manteve, no ponto, a norma já estabelecida pela Lei nº 9.299/96, embora com redação ligeiramente diversa): "os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri". A Lei nº 13.491/17, no entanto, ressalvou a competência da Justiça Militar da União para os crimes dolosos contra a vida de civis praticados em ações militares específicas, conforme o rol estampado nos incisos do § 2º daquela norma.

Ainda que o legislador da citada lei (Lei nº 13.491/17, e, antes, da Lei nº 9.299/96) não tenha se valido de boa técnica, o fato é que na referida legislação *foi alterado o conceito de determinado crime militar*, passando as condutas ali arroladas a constituírem crimes comuns. Em outras palavras: alterou-se a *natureza* do delito, com o que não se pode falar em violação direta ao texto constitucional, pois,

como visto, é o próprio art. 124 da Constituição da República, que fixa a competência da Justiça Militar para o julgamento de crimes *definidos em lei* como *militares*.

Então, de volta à questão posta, parece-nos que não há qualquer inconveniente *a priori* – ou, mais ainda, qualquer ilegalidade – na alteração excepcional da regra da *perpetuatio jurisdictionis*, sobretudo quando se tratar de criação de varas *especializadas* em determinadas matérias, no âmbito do *mesmo* juiz natural, desde que respeitado, o princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP), trazido pela Lei nº 11.719/08, com modificação, então, da ordem legal anterior. Em tais hipóteses, feita a observação que acabamos de fazer, não se poderá cogitar da aplicação analógica do citado art. 43 do CPC/2015, porquanto ali também se ressalva a possibilidade de modificação de competência (territorial) em decorrência de alteração de competência *em razão de matéria*. É nesse sentido recente decisão do STF, conforme se vê no julgamento do HC nº 108.749, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, na qual se reporta a outros precedentes (HC nº 96.104; 94.146 e 91.253).

E já aqui no âmbito de um debate especialmente do interesse da Justiça Federal, que, a cada dia, se vê na contingência de *interiorizar* a sua jurisdição, com a criação de novas varas em cidades do interior do país, pensamos que o deslocamento da competência penal poderá muito bem ser fundamentado em bases solidamente legais, desde que e quando respeitado o princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP).

É o que ocorre, por exemplo, com a regra da competência territorial, em que deverá prevalecer o foro do *lugar* do crime (art. 70, CPP), exatamente o local mais apropriado para a produção da prova e, assim, da tutela da efetividade da jurisdição. Dessa forma, se a *nova* vara puder, com vantagem em relação à antiga, ser caracterizada como o *lugar* do crime – até pela maior proximidade, como sucede com a fixação da competência nas seções judiciárias federais –, estará plenamente justificada a excepcionalidade da modificação da competência territorial (ver STJ – HC nº 21.087, de 31.3.1931). Repita-se: antes da instrução criminal, que como se sabe, é concentrada em audiência una, no processo comum (ordinário e sumário), nos termos do art. 400 e do art. 531, ambos do CPP.

Evidentemente, toda modificação de competência, tenha ela a natureza, a origem e a fundamentação que tiver – desclassificação, reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa, reconhecimento tardio da incompetência absoluta –, tende a causar transtornos à atividade jurisdicional. Mas, veja-se bem: qual a razão de se inviabilizar, de plano, modificações de competência territorial determinadas por normas de organização judiciária, que, ao fim e ao cabo, decorrem de *previsão legal e constitucional* (art. 96, CF)?

Ainda no âmbito da Justiça Federal, não há também de causar surpresa a criação de varas especializadas em determinados e específicos crimes, por força das Resoluções nos 314/03 e 517, de junho de 2006, do Conselho da Justiça Federal (crimes de lavagem de dinheiro, bens e valores – Lei nº 9.613/98; delitos resultantes de organização criminosa – Lei nº 12.694/12 e Lei nº 12.850/13), já que não haverá em tais situações qualquer violação ao princípio do juiz natural, posto tratar-se de competência *territorial* por matéria. Nesse sentido: STJ – RHC nº 15.564/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, em 19.8.2004. A questão parece já pacificada no Supremo Tribunal Federal, como se vê, por exemplo, no julgamento do HC nº 91.253/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Sem adentrar o mérito atinente às eventuais inconveniências práticas das medidas, não vemos quaisquer vícios ou irregularidades que possam questionar a validade de regras de organização judiciária que assim disponham ou venham a dispor, desde que respeitado, repita-se, o princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP), trazido pela Lei nº 11.719/08, com modificação, então, da ordem legal anterior.

A nosso aviso, pois, são perfeitamente possíveis as alterações de competência *territorial* de processos já em curso, salvo quando encerrada a instrução, e desde que fundadas em criações de novas varas *especializadas* por *matéria* e/ou de novas varas que possam se configurar, nos termos da lei processual penal, como o *lugar* da infração penal (caso típico da *interiorização* da Justiça). Tal não será, porém, o caso de simples aumento de *varas criminais* entre aquelas já existentes *no mesmo foro ou comarca*, quando, então, nada justificará a *divisão quantitativa* dos processos em curso. Nesses casos, a qualidade da prestação (ou tutela) jurisdicional estará melhor

assegurada com a afirmação da *perpetuatio jurisdictionis*, dirigindo-se a distribuição dos novos processos ao novo e recém-criado juízo, até atingir-se o necessário equilíbrio quantitativo.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC nº 83.181/RJ, Rel. originári Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, em 6.8.2003, afirmou a incidência da regra da *perpetuatio jurisdicionis*, reconhecendo a permanência da competência territorial da vara criminal de Magé/RJ, mesmo após a instalação de uma vara *regional* no *local* do crime (Piabetá/RJ). Consta na *ementa* do acórdão que a aplicação, por analogia, do art. 87, do CPC/1973 (art. 43 do CPC/2015) – na hipótese, entendeu-se que a competência deveria ser apurada no momento do ajuizamento da lide –, "*deve ser vista como norma de prudência, que visa preservar o princípio do juiz natural*".

Mas é de se notar que a questão nada tem a ver com o princípio do juiz natural. Juiz natural é o juiz *constitucional*, seja em razão da matéria, seja em razão da prerrogativa de função. No caso dado, ambos os juízos integravam a Justiça *Estadual*, qualificando-se, pois, como o juiz *natural* e *constitucional* para a apreciação do feito. A questão, portanto, muito ao contrário, dizia respeito à competência *territorial*, como, aliás, também consta do acórdão. Absolutamente corretos, portanto, os votos, vencidos, dos eminentes Mins. Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Britto, que entendiam pela aplicação do disposto no art. 70 do CPP, segundo o qual a competência define-se pelo lugar do cometimento do crime. Por que razão não se poderia encaminhar os autos para o juiz do *local* em que foi praticado o crime, local também da instalação da nova vara criminal, se não houver risco ao princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP)?

No mesmo sentido e, a nosso sentir, no mesmo equívoco, STJ, HC nº 63.720/DF Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, julgado em 5.10.2006, *DJ* 13.11.2006, p. 285.

7.8.1 Desclassificação

Um dos requisitos da inicial, queixa ou denúncia, é, conforme o disposto no art. 41

do CPP, a *classificação* jurídico-penal do fato ali imputado, é dizer, a referência expressa ao tipo penal em que se acha incurso o acusado.

Evidentemente, como ainda se verá, o juízo de valor ou a valoração típica feita pela acusação não vincula de maneira nenhuma o juiz da causa, já que, em relação a ele, *dá-me o fato que te dou o direito*, na linha do antigo brocardo.

Quando o juiz não concordar com a classificação feita na denúncia ou queixa, ele poderá *corrigir* a inicial (*emendatio libelli*, art. 383, CPP), fazendo a adequação que lhe parecer mais correta, independentemente de qualquer providência, uma vez que a parte (o réu, no caso) defende-se do *fato imputado*, e não de sua classificação. Se houver, com a desclassificação, modificação de competência, deve o juiz encaminhar os autos ao juiz competente (art. 383, § 2º, CPP).

Semelhante providência é prevista, porém, para a fase decisória do procedimento, por ocasião da prolação da sentença. A jurisprudência de nossos oscila a este respeito, por vezes não aceitando a desclassificação em outra oportunidade que não a fase decisória. O raciocínio parece ser no sentido de se tratar de manifestação direta sobre o *mérito* do caso penal; daí por que somente deveria ser realizada após a superação da fase instrutória.

Quaisquer que sejam as razões para a adoção de semelhante entendimento, não estamos convencidos de seu acerto.

Para fins da desclassificação a que estamos nos referindo *até agora*, o juízo que se faz acerca da adequação de um *fato*, enquanto fenômeno da realidade concreta, ao tipo penal correspondente na lei, ou seja, ao *direito*, é de pura abstração, tendo em vista que se realiza sobre a *imputação* feita na denúncia, e não sobre a sua efetiva e real ocorrência, matéria a ser resolvida após a instrução criminal.

Por isso, parecem-nos inexistentes maiores dificuldades em se permitir a desclassificação desde logo, sobretudo quando necessária para a aplicação de normas processuais pertinentes à tutela das liberdades públicas, de que são exemplos a substituição da prisão por outra medida cautelar e a *transação penal* prevista na Lei nº 9.099/95. Neste sentido, STJ – RHC nº 27.628/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, julgad em 13.11.2012.

Pois bem. O que iremos examinar agora não é *essa* modalidade de desclassificação. O que mais de perto nos interessa aqui é a desclassificação da qual resulte *modificação* da competência – a chamada desclassificação *própria*. É claro que, em tese, sempre será possível a modificação da competência pela simples *correção* ou *adequação* do fato *narrado* ao tipo penal classificado na denúncia. Por exemplo: o autor narra conduta característica de homicídio simples, conforme art. 121 do CP, e a classifica equivocadamente no art. 129, que trata da lesão corporal. Nessa situação, por certo, não será necessária qualquer instrução criminal para se saber que a *imputação do tipo* não corresponde ao *fato narrado*. Assim, será perfeitamente possível que os autos sejam imediatamente encaminhados à competência do Tribunal do Júri. Na prática, todavia, a possibilidade de equívocos dessa natureza é remota.

Em tese, poderia ocorrer também – e aí a probabilidade é maior – a modificação de competência como resultado da simples correção do tipo *classificado* na inicial ao *fato* nela *narrado*, nas comarcas em que existam varas criminais especializadas. Assim, por exemplo, da correção feita desde logo poderá resultar em encaminhamento dos autos para a Vara de Crimes de Trânsito, ainda que o tipo penal classificado na inicial não se refira às normas do Código de Trânsito Brasileiro.

Curiosamente, tais questões não são tratadas como hipóteses de desclassificação, preferindo a doutrina reconhecer tratar-se de simples *declinação da competência*, isto é, quando o juiz, ao analisar a hipótese concreta levada ao seu conhecimento, afirmar a sua *incompetência* diante da existência de vara especializada para o julgamento da matéria. Não há, porém, como negar que, ao fazer prevalecer o *fato narrado*, estaria ele evidentemente *alterando* e, assim, *desclassificando* a infração para outra que não era de sua competência (art. 74, § 2º, CPP).

Deixando a apreciação das consequências da aplicação do art. 384 para o exame dos atos judiciais decisórios, examinemos então as desclassificações previstas nos arts. 74, § 3º, e 81 do CPP, tanto no que diz respeito à adequação do tipo penal ao fato efetivamente narrado (correção da classificação) como também, e sobretudo, no que se refere especificamente à *alteração* do elemento subjetivo do crime: o dolo e a culpa.

As hipóteses aqui elencadas, em regra, cuidam da mudança do elemento subjetivo do crime, daí resultando a desclassificação de homicídio doloso para culposo, de homicídio doloso para lesão corporal dolosa seguida de morte (culposa), de tentativa de homicídio para lesão corporal tentada etc.

Crimes da competência do Tribunal do Júri são os crimes dolosos contra a vida, tais como aqueles capitulados nos arts. 121, § 1º, § 2º, 122, e seu parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127, todos do CP, consumados ou tentados. Entre eles, não se inclui o *latrocínio* (art. 157, § 3º, CP) nem a *extorsão e extorsão mediante sequestro*, seguidas de morte (arts. 158, § 2º, e 159, § 3º, CP), tendo em vista que tais delitos são *classificados* como *crimes contra o patrimônio*.

Diz o art. 74, § 3º, que nos crimes cuja competência tenha sido inicialmente atribuída ao Tribunal do Júri, quando o juiz da *pronúncia* – que vem a ser o ato decisório por meio do qual o juiz (*sumariante*, competente para a chamada *acusação e instrução preliminar*, nas grandes comarcas) reconhece e admite a existência de um crime da competência do Tribunal do Júri e, assim, dá início ao respectivo procedimento – desclassificar a infração para outra atribuída à competência do juiz singular, ele deverá remeter o processo ao juiz competente.

De ver-se, aqui, que o texto do art. 74, § 3º, ainda se refere à observância do disposto no art. 410 do CPP, cuja redação *já modificada* previa a possibilidade de prazo para a defesa e oitiva de testemunhas.

No entanto, a Lei nº 11.689/08 alterou todo o procedimento do Tribunal do Júri, incluindo o art. 410, cujo texto atual nada diz acerca da matéria. O atual art. 419, CPP, que reproduz parcialmente o antigo art. 410, limita-se a afirmar, porém, que os autos serão remetidos ao juiz competente, ficando à disposição dele o acusado preso (parágrafo único).

Evidentemente, e ainda que não haja previsão expressa – aliás, registre-se que o art. 502, que a previa, foi também revogado pela citada Lei nº 11.689/08 –, nada impedirá que o juiz a quem forem remetidos os autos, concordando com sua competência, renove atos de instrução, se entender que a desclassificação pode ter causado algum prejuízo à defesa. A justificativa se encontraria no princípio

constitucional que garante a sua máxima amplitude.

Quando, porém, a desclassificação for feita pelo próprio Tribunal do Júri, a seu Presidente caberá proferir a sentença, na forma do art. 492, § 1º, do CPP, se da desclassificação não resultar modificação da competência de jurisdição – juiz natural –, como ocorrerá, por exemplo, na desclassificação para crime militar (STF – RHC nº 80.718/RS, 22.3.2001). Neste último caso, deverá o juiz-presidente encaminhar os autos para a Justiça Militar.

Contudo, na hipótese de desclassificação da qual resulte crime da competência dos Juizados Especiais Criminais, também caberá ao juiz-presidente adotar as providências previstas na Lei nº 9.099/95 (transação penal etc.), nos termos expressos do citado dispositivo legal (art. 492, § 1º, do CPP). A matéria foi definitivamente esclarecida em Lei (nº 11.689/08). A nosso aviso, como já tivemos oportunidade de salientar (item 7.7.2.2), o que determinará a nulidade *absoluta* de processo, por vício de incompetência, quando relacionado aos Juizados, é a não observância do *devido processo legal* ali previsto, isto é, a não aplicação de institutos que apresentam medidas *despenalizadoras*, tal como a transação penal. Não há mais como tergiversar: tanto a Lei nº 11.313/06 ressalva, expressamente, a possibilidade de reunião de processos de competência dos juizados em *outros juízos*, nas hipóteses de conexão e de continência, quanto a Lei do Júri (nº 11.689/08) afirma a competência daquele Tribunal (do Júri) ou do juiz-presidente (na hipótese de desclassificação) para a aplicação da Lei nº 9.099/95.

Compreende-se perfeitamente a opção do legislador. A atribuição da competência para o juiz-presidente no caso de desclassificação feita pelo próprio Tribunal do Júri atende a duas ordens de interesses: a primeira, no aproveitamento de todos os atos processuais já praticados, uma vez que se realizaram sob a presidência do juiz que irá sentenciar (o juiz-presidente do Tribunal do Júri); e a segunda, na de se reservar a competência deste Tribunal, o quanto possível, apenas para crimes dolosos contra a vida.

Já a regra do art. 81 prevê situações um pouco distintas, com soluções diferentes.

A primeira observação necessária é que o art. 81 cuida de processos reunidos em

razão de continência ou conexão, e não de um único processo, como é o caso do art. 74, CPP.

Tratando-se de *conexão* ou *continência* entre processos, a regra é a reunião deles em um único juízo, para fins de unidade de processo e de julgamento, como já veremos (itens 7.8.2 e 7.8.3). Uma vez reunidos, com a adoção das regras previstas no art. 78 – que logo a seguir veremos –, pode ocorrer que o juiz ou tribunal, *no processo de sua competência própria, da qual resultou o seu foro prevalecente*, venha a proferir sentença absolutória, ou pode ocorrer que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência.

Se a decisão é *absolutória*, nenhuma dúvida. Como se trata de julgamento de mérito, ele prossegue normalmente no julgamento dos demais processos. Aliás, a reunião de todos os processos foi exatamente para unidade de julgamento, independentemente de ser absolutória ou condenatória a decisão no processo originário, que atraiu a competência dos demais.

Sendo desclassificatória a decisão, a questão pode ser um pouco mais complexa. É que, neste caso, a única razão pela qual os processos teriam sido *ali* reunidos (isto é: a *classificação* feita originariamente), não seria mais a mesma. Por que, então, não se remeter os processos para o novo foro prevalecente?

Pensamos que a solução do citado art. 81, determinando a *permanência* da competência do juiz ou tribunal para o julgamento de *todos os processos* (aquele em que se deu a *desclassificação* e os demais), está correta *nesse sentido*. Tratando-se de vários processos, revela-se absolutamente necessário o imediato aproveitamento da instrução criminal já realizada, de modo a obviar o respectivo julgamento, evitando-se maiores procrastinações e a possibilidade de renovação do incidente, que certamente ocorreria com a eleição de um novo foro prevalecente.

Mas voltemos ao tema da desclassificação operada pelo Tribunal do Júri.

E com a segunda observação que se impõe sobre o tema.

O *caput* do art. 81 não pode mais ser aplicado ao Tribunal do Júri, por força de norma expressa em sentido contrário, no art. 492, § 1º, CPP, com a redação dada pela

Lei nº 11.689/08. A atual legislação, aliás, resolve em definitivo (esperamos) antiga pendenga doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria. Havendo desclassificação pelo Júri, cabe ao seu juiz-presidente julgar todos os crimes ali reunidos, incluindo aquele objeto da desclassificação (art. 492, § 1º e § 2º, CPP). É dizer: no caso de desclassificação, seja na hipótese de um único processo, seja na de vários, reunidos por conexão e/ou continência, e que não sejam dolosos contra a vida, o julgamento competirá ao juiz-presidente. O Tribunal do Júri julgará crimes não dolosos contra a vida apenas na hipótese de conexão com crime doloso contra a vida e desde que não tenha havido desclassificação deste último. Se forem dois ou mais crimes dolosos contra a vida, eventualmente conexos, a desclassificação em um deles não afastará a competência do Tribunal do Júri, tendo em vista remanescer, ainda, a competência para crimes dolosos contra a vida.

Assim, em tema de desclassificação, o art. 81, *caput*, somente terá aplicação no juízo singular e nos tribunais, não se estendendo ao Tribunal do Júri.

Já o parágrafo único do citado art. 81 refere-se, de modo *expresso*, aos processos cuja competência tenha sido inicialmente atribuída ao Tribunal do Júri. E a solução, correta, segundo nos parece, é a mesma do art. 74, § 3º: havendo *desclassificação, impronúncia* ou *absolvição sumária* (arts. 414, 415 e 419, CPP) que afaste a competência do Tribunal do Júri, no processo prevalecente, o juiz (sumariante, ou da pronúncia) remeterá os processos ao juiz competente.

7.8.2 Conexão

A realidade dos fenômenos da vida nos mostra que pode haver, entre dois ou mais fatos de relevância penal, alguma espécie de liame, de ligação, seja de natureza *subjetiva*, no campo das intenções, motivações e do dolo, seja ainda de natureza *objetiva*, em referência às circunstâncias de fato, como o lugar, o tempo e o modo de execução da conduta delituosa. Sem falar na eventual relação entre *os autores* dos fatos. Em outras palavras, pode haver entre eles *conexão*, hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, estabelecendo um ponto de afinidade, de

contato ou de influência na respectiva apuração.

A doutrina processual penal costuma se referir a várias classificações das espécies de conexão, aludindo à conexão *intersubjetiva* (art. 76, I, CPP), à conexão *material* ou *teleológica* (art. 76, II) e, por fim, à conexão *instrumental* ou probatória (art. 76, III).

A *intersubjetiva* teria este nome, como é intuitivo, pelo fato de cuidar de conexão entre sujeitos, ou seja, de hipótese de pluralidade de sujeitos.

A *material* ou *teleológica* em razão da *finalidade* ou motivação da prática de crime, tendo em vista a existência de outro anterior. Aqui, pode ou não haver pluralidade de sujeitos.

A *probatória*, por fim, trataria da questão da influência da prova de um crime na apuração de outro. Também nessa hipótese não é exigida a pluralidade de sujeitos.

As duas últimas classificações, *teleológica* e *probatória*, podem se revelar proveitosas na medida em que apontam o elemento essencial que as informa (prova e finalidade).

Já a conexão dita *intersubjetiva* parece-nos inteiramente inadequada, ainda que não se recuse a presença de várias pessoas em cada uma de suas hipóteses.

O problema é que a conexão não ocorre *entre sujeitos*, mas, sim, entre as diversas *circunstâncias*, umas *objetivas* e outras *subjetivas*, que reúnem tais pessoas. Ou seja, a nota da pluralidade de pessoas é mesmo sua característica e a distingue efetivamente das demais, mas o dado essencial que realiza a conexão entre os fatos é outro.

A conexão *intersubjetiva* subdivide-se em outras três, a saber: intersubjetiva por *simultaneidade*, por *concurso* e por *reciprocidade*.

Na primeira parte do art. 76, I – "*quando duas ou mais infrações houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas*" –, o que efetivamente revela o ponto de contato, a ligação entre eles é a circunstância *objetiva* do *tempo* e do *lugar*. Daí se falar em conexão intersubjetiva por *simultaneidade*. Exemplo tradicional seria a hipótese de diversas infrações praticadas no interior de um local

de diversões públicas, ao mesmo tempo, por pessoas ali reunidas. Não seria o caso, por exemplo, do crime de rixa, já que aqui o delito é único, não havendo por que falar em conexão.

Na segunda parte do art. 76, I – "*ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar*" –, o que realmente há de ser realçado, para que se identifique a conexão, é o elemento *subjetivo* inerente a todas as ações, de modo a permitir a atribuição de responsabilidade penal a todos os agentes *para todos os crimes*, pela concreta participação em cada um deles, ainda que, pela divisão de trabalho, a respectiva presença não tenha sido física. Aqui o dado essencial é o *concurso de agentes* na prática de várias infrações. Trata-se, de fato, de conexão intersubjetiva por *concurso*.

Por fim, a última modalidade de conexão do art. 76, I – "*ou por várias pessoas, umas contra as outras*" – parece identificar como ponto de afinidade entre os fatos também a *motivação* de seu cometimento, apontando Tourinho Filho (1992, v. 2, p. 156) o exemplo de delitos praticados, ao longo do tempo, entre membros de grupos ou famílias adversárias, em que se possa constatar a existência de causa e consequência entre eles. É o que a doutrina chama de conexão intersubjetiva por *reciprocidade*.

Há mais.

As conexões podem ser também *teleológicas* ou *probatórias*, também chamadas de *instrumentais*.

No primeiro caso, denomina-se *teleológica* aquela espécie de conexão em que o(s) autor(es) de determinado crime, pratica(m) outra infração, com a *finalidade* de garantir a impunidade, a ocultação ou a vantagem em relação a qualquer delas (art. 76, II, CPP). Nenhuma dificuldade. Um fato, *posterior*, é praticado *em razão* de outro, *anterior*, por quaisquer das motivações mencionadas, isto é, com *finalidade específica*. Daí *teleológica*.

No segundo caso, que, aliás, ocorre muito mais frequentemente que as demais, a conexão se dará quando a prova de uma infração houver de influir nas demais (art. 76, III, CPP). Por isso, a conexão é denominada *probatória*. A reunião dos processos, nesse caso, ocorrerá com o objetivo único de facilitar a produção da prova uma única

vez, bem como para melhor instrumentalizar o juiz das infrações penais assim reunidas.

Como visto, a única nota característica em todas as modalidades de conexão examinadas é a existência de *pluralidade de condutas*, isto é, trata-se sempre da prática de duas ou mais ações, e não só de dois ou mais resultados lesivos, como pode ocorrer, por exemplo, no concurso formal de crimes (art. 70, CP), uma das hipóteses típicas de *continência*.

7.8.3 Continência

O processo penal brasileiro adota uma conceituação de continência absolutamente inadequada.

Não há na continência processual penal, com efeito, nenhuma relação de continente para conteúdo, tampouco identidade de partes, remanescendo apenas, do paradigma do processo civil (art. 104, CPC/1973 e art. 56, CPC/2015), a identidade de causa de pedir.

É o que ocorre na hipótese do art. 77, I, do CPP que dispõe haver continência quando "*duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração*".

Também configuram casos de continência o concurso *formal* de crimes (art. 70, CP: "*quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes [...]*"); a *aberractio ictus* do art. 73 do CP (erro na execução do delito, ou "*[...] quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa [...]* "); e, por fim, a *aberractio criminis* do art. 74 do CP (resultado diverso do pretendido), tudo conforme o disposto no art. 77, II, do CPP.

Como visto, em todas estas situações, haverá *unidade de conduta*, embora em algumas delas possa ocorrer concurso de crimes, em razão do resultado lesivo a mais de um bem jurídico.

7.8.4 Unidade de processo e de julgamento

Apreendidos os conceitos e significados de conexão e de continência, cumpre apreciar os seus efeitos jurídicos.

Identificadas a afinidade, ligação, influência ou identidade entre dois ou mais fatos, a lei haveria de atribuir alguma consequência a essa realidade, não podendo ignorar o enorme proveito que a apuração conjunta ou simultânea deles poderia gerar.

A principal delas, praticamente comum a todas as modalidades de conexão e continência, diz respeito à grande utilidade probatória que a reunião de processos conexos ou continentes permite. Isso no plano da utilidade estritamente processual.

Mas também em outra dimensão revela-se necessária a reunião de processos conexos ou continentes, como se pode constatar, por exemplo, na conexão *por concurso*, quando somente o julgamento conjunto de todas as infrações é que permitirá a demonstração completa da participação individualizada de todos os réus *em todos* os fatos delituosos, e não apenas naquele em que determinado acusado praticara atos típicos de execução. Aqui, o proveito situa-se no âmbito do direito material, no campo da punibilidade.

Na hipótese do art. 77, I, a reunião de processos para unificação do julgamento é absolutamente indispensável, como meio de impedir a divergência judicial sobre um único e mesmo fato criminoso, funcionando, então, como estratégia de controle da efetividade e eficácia da jurisdição penal. Nesse passo, o expediente da unidade de processo e de julgamento assume dimensão não só jurisdicional, mas até de política criminal, sem falar no princípio geral da *igualdade* com que devem ser tratados todos os cidadãos.

No entanto, nem o Supremo Tribunal Federal, que manteve a reunião de processos no caso do famoso "Mensalão" (AP 470), e tampouco o STJ estão seguindo semelhante orientação. E por razões injustificadas, já que ali não se faz a necessária distinção que deve haver entre a *continência* e a *conexão*. A continência, como visto, por cuidar de *unidade de conduta* deve, em regra, receber o mesmo tratamento jurisdicional: o princípio da igualdade o impõe! Já na conexão a hipótese não é a

mesma, exatamente pela pluralidade de ações que a caracteriza. A reunião de processo nesses casos (de conexão) visa apenas ao melhor proveito da instrução.

Mas que se esclareça desde logo: trata-se de questão ligada à competência *territorial*, sendo, por isso, *relativa*, ou seja, sujeita à preclusão temporal, tanto para os interessados diretos (as partes) quanto para os órgãos da jurisdição envolvidos.

Não é por outra razão que existe um limite temporal para a reunião dos processos, qual seja, a fase da *prolação da sentença*. É o que se contém no disposto no art. 82 do CPP, em que se estabelece que, no caso de já se encontrar sentenciado algum dos processos conexos e/ou continentes, a unidade de processos se dará posteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas, *quando uma e outra tiverem cabimento*. Explica-se: a necessidade de reunião para a soma ou unificação das penas somente ocorrerá em hipóteses de concurso de crimes (material, formal ou continuado), sentenciados *sem o conhecimento de tais circunstâncias*, ou seja, sem o conhecimento da existência de processos distintos sobre fatos conexos e/ou continentes.

Impõe-se, portanto, que, estando em curso dois ou mais processos conexos e/ou continentes perante juízos distintos, excepcionem as partes a incompetência daqueles juízes cuja jurisdição não irá prevalecer, após a aplicação das regras contidas no art. 78, que veremos logo a seguir.

E ainda que preclusa para as partes tal possibilidade, nada impede – e o art. 82 mesmo o impõe – que o juiz que estiver atuando na jurisdição prevalecente, isto é, aquela na qual se reunirão os processos conexos e/ou continentes, dê conhecimento do fato, avocando a si, junto aos demais, a competência para o julgamento simultâneo dos delitos.

Relembre-se, porém: mesmo o juiz somente poderá arguir ou suscitar a conexão e/ou continência *até a prolação da sentença* por um dos juízes envolvidos. E assim é porque, a partir daí, como aquele processo sentenciado não poderá ser modificado *naquela instância*, ele não terá qualquer utilidade para a pretendida *unidade de processo e de julgamento* (quando *esse*, como visto, já tiver sido realizado em um deles).

7.8.5 Eleição do juízo prevalente

Por juízo prevalente deve-se entender o juízo de *domínio*, ou seja, o juízo que deverá fazer *prevalecer* a sua jurisdição quando em concurso (ou em concorrência) com outras, em razão da conexão e da continência.

O art. 78 do CPP prevê expressamente os casos de modificação de competência em razão da conexão e/ou da continência. Vamos a elas:

a) se houver concorrência ou concurso entre processos (conexos e/ou continentes) da competência do Tribunal do Júri e outro ou outros órgãos da jurisdição comum (Justiça Estadual ou Federal), prevalecerá a competência do Júri (federal, se na Justiça Federal), conforme art. 78, I.

   A razão é óbvia: a competência do Tribunal do Júri é competência de *jurisdição*, regra de juiz natural, portanto, de índole constitucional. Ora, nenhuma norma infraconstitucional, como é o caso do Código de Processo Penal, poderia estabelecer qualquer critério de modificação da competência que pudesse alterar aquela prevista expressamente na Constituição;

b) no concurso entre jurisdições da mesma categoria (entre Juízes de Direito, entre Juízes Federais), prevalecerá, *sucessivamente*, a competência do juízo do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave (art. 78, II, *a*); do juízo do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem iguais (art. 78, II, *b*); e pela prevenção, nos demais casos (art. 78, II, *c*).

c) no concurso entre jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação (art. 78, III).

   A única distinção por graduação que se pode aceitar atualmente é a que diz respeito à competência de instância. Assim, no concurso entre a competência de um juiz de primeiro grau e a de um tribunal, prevalecerá a deste último.

   Cabe observar, também, que a competência *originária* dos tribunais decorre de fonte constitucional, inserida, assim, no contexto do juiz natural. Não se cuida, pois, unicamente de prevalência de graduação, mas de regra

expressa de competência de jurisdição;

d) no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá a desta última.

Jurisdição comum é a da Justiça Estadual e da Justiça Federal, enquanto jurisdição especial é a da Justiça Eleitoral. Também a Justiça Militar pode ser considerada jurisdição especial. Todavia, como veremos, não haverá reunião de processos da competência da Justiça Militar com os de qualquer outra jurisdição, diante da absoluta *especialização* e *especialidade* daquela (art. 79, I, CPP).

Observe-se que tanto a Justiça Eleitoral quanto a Justiça Federal têm a sua competência expressamente assegurada na Constituição Federal. Assim, em princípio, a citada regra processual está afastando uma competência de fonte constitucional, com a prevalência do foro eleitoral.

Todavia, não se pode perder de vista que a *unidade* da jurisdição, princípio pelo qual se espera o mesmo pronunciamento judicial *sobre a mesma questão de fato*, caso da continência (art. 77), impõe, como valor igualmente constitucional, a adoção de critérios de competência que possam minimizar ao máximo a ocorrência das apontadas divergências.

Nesse sentido, como a competência da Justiça Eleitoral é também uma competência *expressa* na Constituição, parece-nos inteiramente aceitável o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, no sentido da aplicação do disposto no art. 78, IV, a determinar o foro prevalente da Justiça Eleitoral quando em concurso ou concorrência com crimes da competência estadual ou federal. Isso, na hipótese de *continência* (art. 77, CPP), em que ocorre *unidade de conduta*, a reclamar unidade de resposta penal estatal.

Quando, porém, o concurso for decorrente de conexão, em que a reunião de processos presta-se, mais, a tutelar o *proveito probatório* do que a exigir de unidade da jurisdição, pensamos que a melhor solução será a separação dos processos, de modo a se preservar o juiz natural. Assim, pensamos que a Súmula 122 do STJ não deveria abarcar os casos de conexão, limitando-se apenas aos casos de continência, em que a unidade de conduta legitimaria a unidade de julgamento. A competência da

Justiça Federal e a da Justiça Estadual se encontram na Constituição; a regra de reunião de processos tem previsão no CPP, daí porque não se justificaria a unidade de processos conexos (continentes, sim!), cuja fundamentação reside apenas na facilitação da instrução criminal.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, parece não fazer distinção entre conexão e continência. Nesse sentido, por exemplo, aceitando a prevalência da competência da Justiça Eleitoral sobre a da Justiça Federal, em hipótese de *conexão* entre crimes eleitorais e crimes comuns (federais), ver STF – CC nº 7.033/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, 02.10.1996. O *plenário* deste tribunal, inclusive, vem a decidir que seria da Justiça Eleitoral a competência jurisdicional para o julgamento de crimes conexos àqueles de sua competência (Inq 4.435 AgR-quarto/DF, Rel. Min. Marco Aurélio julgado em 14.03.2019).

A conexão, como já apontamos, é critério de modificação de competência cuja finalidade é reunir processos com objetos distintos, mas com específicas *proximidades probatórias*, para o melhor aproveitamento da fase instrutória, de modo que a prova de um (processo) possa facilitar ou esclarecer outros fatos, objeto de outro (processo). Em uma palavra: a conexão tem por objetivo *otimizar* a produção de provas, pela unidade de processo e de julgamento de fatos com níveis distintos de inter-relacionamento (identidade de autoria, por motivação específica na prática dos delitos, influência de provas em processos separados etc.).

Pensamos que, a despeito desse proveito probatório, não se deve, como regra, afastar a competência do juiz *natural*, fixado na Constituição da República, sobretudo quando com fundamento em normas infraconstitucionais, de estatura normativa obviamente inferior. Aliás, foi por considerações dessa ordem que o Plenário da Suprema Corte, no julgamento do Inq 3.515 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, em 13.02.2014, decidiu pelo *desmembramento* de processos envolvendo pessoas com foro por prerrogativa de função e outras não detentoras dela.

A ressalva que se fez ali faremos também aqui.

Há situações em que a pluralidade de fatos imputados à pluralidade de autores poderá justificar, excepcionalmente, a reunião dos processos em uma única

jurisdição, para afastar os riscos inerentes à separação de processos e, sobretudo, à separação da produção de provas em relação a fatos tão imbricadamente relacionados.

Sempre sustentamos, por exemplo, que nos processos *continentes*, em que há a *unidade de conduta e pluralidade de agentes* – várias pessoas acusadas de *um mesmo fato* –, a reunião dos será de rigor, para evitar decisões diversas sobre o mesmo fato. A efetividade da Justiça, em casos tais, assume valor tão relevante quanto o princípio do juiz natural.

Assim, excepcionalmente que seja, parece-nos justificada a decisão de reunião de processos em casos assemelhados, em que, ainda quando não se trate de continência, especificamente, a denúncia aponte a existência de *corresponsabilidade* de autores e m *pluralidade de condutas* (concurso material de delitos), de tal modo que o imbricamento dos fatos satisfaça a exceção já reconhecida na Suprema Corte.

Nessas condições, e apenas nelas, presentes as circunstâncias excepcionais aqui apontadas, em tese, havendo a prática de crime eleitoral, com autonomia em relação aos demais delitos, haverá de prevalecer a competência da Justiça Eleitoral. Mas a regra, repita-se, deve ser a separação dos processos, até porque a maioria dos delitos eleitorais não guarda relação de intensa proximidade com os crimes comuns (da Justiça Federal e Estadual).

Embora o critério de distinção que aqui manejamos (*conexão*, destinada a preservar a qualidade probatória; e *continência*, visando à *coerência e unidade* das decisões judiciais *sobre o mesmo fato*) possa parecer demasiado rigoroso, as questões e, sobretudo, as *finalidades*, que ali se colocam, são mesmo diferentes.

Então, em sede de continência, quando *um mesmo fato* é praticado por mais de uma pessoa, sobretudo, deve prevalecer a preocupação com a unidade e a coerência das decisões judiciárias.

Às regras anteriormente mencionadas, previstas no citado art. 78 do CPP, devemos acrescentar as seguintes:

a) no concurso entre a competência da Justiça Federal e a Justiça Estadual

prevalecerá a da primeira, em razão de sua expressa previsão constitucional, sendo a da segunda meramente *residual* (Súmula 122, STJ). Repetimos: nos casos de conexão, em que não há a unidade de conduta, os processos não deveriam ser reunidos! Nessas hipóteses, é manifesta a violação ao juiz natural, com assento constitucional!;

b) ainda que conexos ou continentes, não haverá reunião de processos entre crimes da competência da Justiça Militar e de qualquer outra jurisdição, como já assinalado (art. 79, I);

c) no concurso entre a jurisdição de tribunais, em razão de prerrogativa de função, prevalecerá aquela da Corte de maior hierarquia na organização do Poder Judiciário.

Com efeito, se a competência em razão da prerrogativa de função é firmada para impedir as pressões externas sobre o juízo singular e em consideração à maior experiência e maturidade judicante dos membros dos tribunais, não há motivo para se recusar a aplicação da regra do art. 78, III, do CPP. E assim nos parece porque o tribunal de maior hierarquia sempre preencherá os requisitos pelos quais se instituiu a competência daquele que lhe é inferior. Por exemplo: Governador de Estado e deputado federal acusados da prática de determinado crime deverão ser julgados no Supremo Tribunal Federal. A unidade da jurisdição, seguramente, impõe tal conclusão;

d) se houver concurso, por conexão ou continência, entre a competência do Tribunal do Júri e a da Justiça Eleitoral, entendemos que a solução mais adequada será a separação de processos, diante das características inteiramente distintas da constituição do tribunal popular e mesmo da natureza dos crimes a ele submetidos. Deve-se observar, nesse passo, que o risco à unidade da jurisdição é muito menor, uma vez que, tratando-se de continência, ou seja, duas ou mais pessoas acusadas de crime doloso contra a vida (art. 77, I), ambos se submeterão ao Tribunal do Júri, até mesmo porque o homicídio não constitui crime eleitoral;

e) tratando-se de processo por crime de lavagem de capitais, tem-se, pelo que

dispõe o art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, que caberá ao juiz competente para os crimes previstos em referida lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento referentes às infrações penais antecedentes. Naturalmente, referida regra somente terá aplicação no âmbito da competência territorial. Havendo conexão entre a jurisdição federal e a estadual, prevalecerá a primeira, independentemente do crime de lavagem de dinheiro.

Antes de concluirmos, anote-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de se *modificar* a competência inicialmente atribuída à Justiça Federal, por conexão a crime estadual, ao fundamento da *extinção a punibilidade* do crime federal. Em tal situação, não haveria, ainda, *julgamento dos processos*, limitando-se o juiz a afirmar a extinção da punibilidade de um dos crimes e encaminhando o processo remanescente para o juiz competente (no caso, o juiz estadual). Ver: STJ – HC 108.350/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, *DJe* 24.8.2009.

7.8.6 Separação de processos conexos e/ou continentes

Além dos casos de separação de processos de crimes conexos e/ou continentes que já mencionamos, existem outras hipóteses de separação de processos, sendo uma *obrigatória* e a outra *facultativa*, pendente de avaliação de oportunidade e conveniência por parte do julgador.

Haverá separação obrigatória, por exemplo, no concurso entre a jurisdição penal e a do Juizado da Criança e do Adolescente (art. 79, II). A norma dispensa comentários, uma vez que a separação é óbvia, diante da diversidade de jurisdição: uma é *penal* e outra *infracional*.

Também é caso de separação obrigatória de processos a hipótese de concurso entre crime militar e crime comum, conforme art. 79, I, do CPP, e Súmula 90 do STJ.

As demais hipóteses de separação obrigatória estão previstas nos §§ 1º e 2º do citado art. 79, contemplando a situação em que um dos acusados é acometido de

doença mental após a prática do crime, além da hipótese do art. 469 do CPP (recusa de jurado por parte do corréu). Na hipótese de vislumbrar outros autores e/ou partícipes não incluídos na acusação, o juiz remeterá os autos, por quinze dias, ao Ministério Público (art. 417, CPP). Havendo nova denúncia, a separação dos processos será facultativa, devendo-se evitar, sempre que possível, a perda dos atos judiciais já realizados.

Será também facultativa a separação quando o juiz reputar conveniente por quaisquer razões que possam tumultuar ou inviabilizar a marcha processual, tal como ocorre em processos movidos contra um número excessivo de acusados, quando a celeridade processual, imposta em razão da existência de réus presos, puder também ser afetada por quaisquer razões (art. 80, CPP).

7.8.7 Prorrogação de competência

Tem-se a prorrogação de competência quando o órgão jurisdicional originariamente *incompetente* para o julgamento de determinado processo adquire a competência em virtude da aplicação de quaisquer das regras processuais que impõem a reunião de processos.

O exemplo mais eloquente de *prorrogação* de competência é aquele previsto no art. 81 do CPP, quando o juiz ou tribunal, após desclassificar a infração que determinara o seu foro prevalente para outra que não seria de sua competência, continua competente para o julgamento dos processos, ainda que não o fosse originariamente.

Merece ainda registro o disposto do art. 74, § 2º, que dispõe acerca da remessa do processo ao juiz competente, na hipótese de desclassificação *própria* – quando o juiz desclassifica uma infração penal para outra para cujo julgamento não é ele o competente –, com a seguinte ressalva: "*[...] salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada*".

Observe-se que a citada ressalva não encontra mais aplicação, pois atualmente a diferença de graduação, para fins de competência, é unicamente de *instância*,

conforme já assinalado. Isso porque a competência dos tribunais, que seriam mais graduados que os juízes de primeira instância, é *originária*, em razão de prerrogativa de função. Por isso, quando determinado tribunal recusa a sua competência e remete os autos ao juiz de primeiro grau, ele, na realidade, não está desclassificando a infração, mas simplesmente declinando de sua competência por não reconhecer, por exemplo, a apontada prerrogativa de função.

CAPÍTULO 8

Das Questões e Processos Incidentes

8.1 Das questões prejudiciais

As chamadas questões *prejudiciais* não são tratadas como processos *incidentes*, no sentido formal atribuído a eles. Os processos incidentes dizem respeito a determinados procedimentos em que se discutirão:

a) questões tipicamente *preliminares* (exceções de suspeição, incompatibilidade ou impedimento, exceções de incompetência do juízo, de litispendência, de ilegitimidade de parte e de coisa julgada, bem como o conflito de jurisdição), que devam ser resolvidas antes do exame do mérito da ação penal;
b) questões de natureza *acautelatórias* de cunho patrimonial, sem maiores interferências na solução do caso penal (restituição de coisas apreendidas, medidas assecuratórias – sequestro, arresto e inscrição de hipoteca);
c) questões tipicamente *probatórias*, seja no âmbito da aferição da culpabilidade (incidente de insanidade mental), seja no da materialidade do delito (incidente de falsidade documental).

O comum entre os processos incidentes é o seu processamento em apenso aos autos da ação penal, reclamando, em regra (a exceção fica por conta do julgamento de

eventuais embargos ao sequestro, que deverá ser posterior ao do julgamento da ação penal), pronunciamento prévio do juízo. Tais incidentes, como regra também, não suspendem o curso da ação penal (arts. 111 e 116, § 2º, CPP).

Já as *questões prejudiciais* de que cuidam os arts. 92 e seguintes do CPP não têm processamento em apartado à ação penal; aliás, nem sequer são da competência do juízo criminal.

Trata-se de matéria cuja solução é prejudicial ao julgamento da ação penal, no sentido de atuarem como pressupostos (fundamentos de origem) da própria definição da *existência* do crime. Em uma palavra, *integram*, como *elementar*, o tipo penal imputado ao réu.

Mas não é só. As elementares do tipo penal aqui mencionadas constituem objeto de apreciação da competência jurisdicional cível, porque integrantes de relações jurídicas de natureza essencialmente civil.

É bem verdade que há também questões incidentais no juízo criminal que igualmente reclamam solução prévia, para a própria configuração do crime. São as chamadas questões prejudiciais *homogêneas*, de que é exemplo mais eloquente a apreciação do crime de receptação, cujo tipo penal apresenta como elementar o fato de ser *produto de crime* a coisa ali mencionada. A solução do crime de receptação exige o exame prévio do furto ou roubo anterior da coisa.

Entretanto, embora prejudicial, nada impede que o juiz da causa *prejudicada* (o da receptação, no exemplo dado) resolva como lhe parecer de direito uma (o furto ou o roubo anteriores) e outra (receptação) questão, mesmo quando não for territorialmente competente para o julgamento de ambas. É bem verdade que essa possibilidade põe em risco o princípio da unidade da jurisdição, a partir de eventuais soluções distintas para um único e mesmo fato. Ocorre, porém, que, tratando-se de matéria que se insere na competência *jurisdicional* do juiz (competente, em tese, tanto para o julgamento de furto, roubo quanto para o de receptação), o risco pode ser minimizado pela aplicação das regras da conexão, sobretudo aquela que cuida da conexão *instrumental* ou *probatória* (art. 76, III, CPP).

No que respeita, entretanto, às questões prejudiciais propriamente ditas, isto é,

àquelas previstas nos arts. 92 e 93 do CPP, também chamadas de questões *heterogêneas* (GRECO FILHO, 1999, p. 173), a respectiva solução judicial, com regra, não é da competência do Juiz Criminal, e sim da jurisdição cível. Daí por que inviável o recurso às regras da conexão, por exemplo.

As questões prejudiciais – objeto de uma relação jurídica de natureza civil – podem ser *obrigatórias* ou *facultativas*.

Na primeira hipótese, serão *obrigatórias* no sentido de afastarem absoluta e completamente a competência da instância criminal, devendo ser resolvidas unicamente na jurisdição cível. Isso ocorre quando a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas (art. 92, CPP).

Em tais situações, a prejudicial estará caracterizada quando, uma vez constatada a *plausibilidade* prévia da alegação, estiver em pauta, por exemplo, a discussão acerca da inexistência ou nulidade do casamento antecedente, se fundamento para a imputação do crime de bigamia. Como se percebe, a questão relativa ao *estado civil da pessoa* é pressuposto de configuração da existência do próprio crime, e não de uma circunstância agravante, por exemplo.

Assim, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, deverá suspender a ação penal *até a solução final e definitiva* da questão no juízo cível, devendo o Ministério Público (se pública a respectiva ação penal) promover a ação civil relativa à questão prejudicial, ou nela prosseguir, quando já iniciada (art. 92, parágrafo único).

O prazo prescricional estará suspenso enquanto não resolvida a questão no juízo cível, nos termos do art. 116, I, do CP, devendo o juiz determinar a produção das provas reputadas urgentes.

Diferentemente, a questão prejudicial será *facultativa*, ou seja, a depender do juízo de conveniência e oportunidade do juiz da causa penal, quando a existência da infração penal depender de decisão relativa a determinada relação jurídica de natureza civil, diversa daquela referente ao estado civil das pessoas (art. 93, CPP). Exemplos: a discussão acerca da propriedade da coisa, em crimes contra o

patrimônio; acerca da propriedade intelectual, nos crimes a ela relativos; acerca da existência de relação de emprego etc.

Os requisitos para a suspensão da ação penal em caso de questão prejudicial facultativa são mais rigorosos, a saber:

a) é necessária a existência prévia de uma ação no juízo cível para a solução da questão;
b) a matéria há de ser de difícil solução e deve versar sobre direito cuja prova nã seja limitada pela lei civil.

Suspenso o processo, de ofício ou a requerimento das partes, e após a oitiva das testemunhas e a realização das provas reputadas urgentes, o juiz penal assinará prazo para aguardar a solução no cível, devendo o Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, a fim de lhe promover o rápido andamento (art. 93, §§ 1º e 3º).

Encerrado o prazo assinado, o juiz poderá determinar a sua prorrogação, se não for ele suficiente, desde que por tempo razoável e desde que a demora não seja imputável à parte. Expirado esse prazo, o juiz penal retomará o curso da ação penal, se não sentenciado o processo cível, resolvendo, de fato e de direito, toda a matéria da acusação e da defesa.

8.2 Dos processos incidentes

8.2.1 Das exceções

Ao contrário das questões prejudiciais que se desenvolvem em outro juízo, as exceções de que ora nos ocuparemos têm tramitação perante o Juiz Criminal, constituindo verdadeiro procedimento incidental, isto é, procedimento da competência do juízo da ação penal, cujo objeto consistirá:

a) em uma questão *preliminar*, a reclamar solução prévia, *antes* da apreciação do

mérito da pretensão punitiva;

b) em uma questão de natureza *cautelar*, ou acautelatória dos interesses patrimoniais que emergem do processo principal;
c) em uma questão *probatória*, atinente tanto à comprovação da imputabilidade do agente, caso do incidente de sanidade mental, quanto à constatação da materialidade do delito, como ocorre no incidente de falsidade (arts. 145 a 148, CPP).

Na realidade, as definições de *prejudicial* e de *preliminar* possuem efetivamente muitos pontos de contato. De fato, uma questão *prejudicial* deve também ser examinada *preliminarmente*, uma vez que a sua solução atingirá decisivamente o mérito da ação penal.

Do mesmo modo, poder-se-ia argumentar que uma questão *preliminar* ostenta também uma certa carga de *prejudicialidade* em relação ao mérito, ao menos no que se refere ao plano da lógica, já que uma (preliminar) é antecedente a outra (mérito).

Todavia, é bem de ver que as questões prejudiciais dizem respeito ao próprio *mérito* do fato criminoso, constituindo verdadeiros pressupostos (da existência) do crime, enquanto as preliminares cuidam de questões relativas à *validade do processo*, portanto, da regularidade da tutela jurisdicional em determinado processo.

Assim, tanto a *suspeição, o impedimento* ou *a incompatibilidade* quanto a *incompetência do juízo, a litispendência, a ilegitimidade de parte* e a *coisa julgada* (que constituem as *exceções processuais* previstas nos arts. 95 e seguintes do CPP) dizem respeito à aptidão do processo penal em curso para gerar os efeitos jurídicos que dele se espera. Com efeito, a decisão judicial proferida por juiz suspeito, impedido ou incompatibilizado é absolutamente nula, como o serão aquelas prolatadas por juiz absolutamente incompetente, ou quando relativamente incompetente, se oposta a exceção; a decisão em processo a que falte legitimidade ativa do autor da ação penal; a sentença proferida sobre questão já coberta pela coisa julgada, em julgamento anterior etc.

Cabe salientar que, embora haja previsão de procedimento específico (art. 396-A,

§ 1º, c/c arts. 95 a 112, CPP), como defesa *indireta*, a ser autuado em apartado, todas as questões relativas às exceções poderão ser reconhecidas de ofício pelo juiz da causa e, à exceção da incompetência relativa, podem ser alegadas pelas partes a qualquer tempo.

As exceções geralmente são classificadas como exceções *dilatórias* e exceções *peremptórias*, constituindo matéria de defesa *indireta*, uma vez que se dirigem não ao *mérito* da ação (ainda que na exceção de coisa julgada a alegação seja da já *existência* da apreciação do mérito), mas às questões cuja solução antecedem ao julgamento daquele.

Como veremos, porém, praticamente todas elas poderão também ser objeto de defesa *direta*, sem o processamento em apartado, integrando a matéria a ser resolvida por ocasião da sentença definitiva.

São *dilatórias* as exceções cuja solução não põe termo ao processo principal (a ação penal), implicando apenas a *dilação* do julgamento final, tal como ocorre com a exceção de incompetência do juízo, de suspeição, impedimento ou incompatibilidade.

São *peremptórias* aquelas que, uma vez acolhidas, encerram a relação processual principal, pondo fim à ação penal em curso. É o caso da exceção de coisa julgada, de litispendência e, por fim, da ilegitimidade de parte. Observe-se, porém, em relação a esta última, que o seu acolhimento implicará a *extinção do processo*, mas não impedirá a instauração de nova ação penal pela parte legitimada. Quanto às demais (*litispendência* e *coisa julgada)*, tanto em um quanto em outro caso a solução será no sentido de extinção da ação penal proposta, em razão da existência de um processo anterior cuidando do mesmo objeto, ou seja, envolvendo *as mesmas partes* (acusação e réu) e *a mesma causa de pedir* (o fato delituoso) em processo já em curso (litispendência), ou já definitivamente encerrado (coisa julgada).

Relembremos aqui o que já foi mencionado em relação ao *pedido* na ação penal *condenatória*: como regra, consideramos de pouquíssima relevância o tema relativo ao *pedido* no processo penal condenatório, pouco importando a referência feita à providência judicial que se espera com a procedência da ação penal. E isso porque, ainda que o autor se equivoque quanto à solução cabível (pena ou mesmo condenação

adequada), nem assim o juiz estará impedido de apreciar a ação penal, como resulta evidente de nosso sistema acusatório, em que o juiz poderá proferir sentença condenatória *ainda que o Ministério Público requeira a absolvição do acusado* (art. 385, CPP). A exceção fica por conta da ação penal privada, em que se exige que o querelante *formule pedido de condenação nas alegações finais*, sob pena de perempção (art. 60, III, CPP).

8.2.1.1 Exceção de suspeição, impedimento ou incompatibilidade

O Código de Processo Penal inicia o tratamento das exceções referindo-se diretamente à exceção de suspeição, estabelecendo que a "*arguição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente*" (art. 96, CPP). Aliás, os impedimentos e demais incompatibilidades dos juízes mereceram tratamento em separado, constando de capítulo específico, como se se tratasse de matéria distinta. Mesmo no campo das nulidades expressamente arroladas, consoante se observa do disposto no art. 564, I, CPP, não se faz referência ao juiz incompatibilizado ou impedido, mas unicamente ao juiz suspeito e ao juiz *subornado*.

A nosso aviso, a distinção no tratamento da matéria é absolutamente equivocada, uma vez que todas elas se ocupam da tutela de um único e mesmo valor positivado no ordenamento processual: a *imparcialidade* da jurisdição. E, como já tivemos oportunidade de salientar ao cuidarmos dos princípios fundamentais do processo penal, a imparcialidade do juiz é requisito de validade do processo, estando inserido no *devido processo legal* constitucional, como uma das principais conquistas do modelo acusatório de processo.

Tanto as causas que determinam a suspeição quanto aquelas que estabelecem casos de impedimento do juiz dizem respeito a fatos e circunstâncias, *subjetivos* ou *objetivos*, que, de alguma maneira, podem afetar a imparcialidade do julgador na apreciação do caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, na inimizade capital ou amizade íntima do juiz com alguma das partes (art. 254, CPP), ou quando o juiz tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre

a questão (art. 252, III, CPP). A primeira hipótese é de *suspeição*, enquanto a segunda é de *impedimento*.

A distinção entre elas é de política legislativa, fixada ao sabor da conveniência do legislador.

Os casos de *impedimento* (arts. 252 e 253, CPP) referem-se a fatos e/ou circunstâncias atinentes e intimamente ligados *ao próprio processo* submetido inicialmente à jurisdição do juiz. Por exemplo: quando o juiz ou seu parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, for parte ou diretamente interessado *no feito* (art. 252, IV); quando ele próprio (o juiz) ou alguns dos parentes anteriormente mencionados tiver funcionado *no processo* como defensor, advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial ou servido como testemunha (art. 252, I e II). Note-se que a influência dos fatos e/ou circunstâncias se refere diretamente *ao processo* em curso.

Já as hipóteses de *suspeição* configuram situações da realidade *externa* ao processo levado ao conhecimento do juiz. Por exemplo: a *inimizade capital* ou *amizade íntima* (art. 254, I); quando o juiz, seu cônjuge, ascendente ou descendente estiver respondendo a *outro processo* por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia (art. 254, II); se o juiz for credor, devedor, tutor ou curador de qualquer das partes (art. 254, V) etc. Em todas as situações, a razão da suspeição decorrerá de fato, evento, circunstâncias e convicções pessoais cuja origem esteja *fora do processo* judicial em que se questiona a imparcialidade do juiz.

Seja como for, o que realmente importa é que, em *todas elas*, seja causa de suspeição, seja de impedimento, o que estará em jogo é a imparcialidade do juiz, colocando em risco o devido processo legal, razão pela qual se permite às partes, desde logo, o afastamento do magistrado.

Enquanto os casos de suspeição e de impedimento têm previsão expressa no Código de Processo Penal, as *incompatibilidades* previstas no art. 112 do CPP compreenderão todas as demais situações que possam interferir na imparcialidade do julgador e que não estejam arroladas entre as hipóteses de uma e outra. É o que ocorre, por exemplo, em relação às razões *de foro íntimo*, não previstas na casuística

da lei, mas suficientes para afetar a imparcialidade do julgador.

Anote-se, apenas de passagem, que a Lei 13.964/19 previu que o juiz que tiver conhecimento de conteúdo de prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão, o que se assemelharia a uma hipótese de incompatibilidade "específica" para *determinado ato*. Tal dispositivo nos parece absolutamente inconstitucional, pois não há sentido considerar impedido o magistrado que tenha tido mero *contato* com provas que venham (no futuro) a ser reconhecidas como ilícitas.

Nunca é demais ressaltar que toda decisão judicial deve conter necessariamente a devida fundamentação embasada em provas trazidas aos autos. Se as provas forem eventualmente reconhecidas como ilícitas, o caso será de impossibilidade de utilização como substrato para o conteúdo decisório, mas não deveria implicar *automaticamente* o impedimento do julgador que teve contato com ela. Noutras palavras, e exemplificativamente, ministro do STF que tiver contato com provas que, futuramente, venham a ser tidas como ilícitas, também deveria ser excluído da possibilidade de julgamento do feito principal.

Não bastasse, o Min. Luiz Fux ratificou liminar que já havia sido concedida pelo Min. Dias Toffoli, no âmbito da ADI 6.298, suspendendo os efeitos da nova regra.

Encerrado o aparte, voltemos.

A ritualística (procedimento) desta modalidade de exceção, como das demais, é bem simples.

Em primeiro lugar, a suspeição, cuja arguição deve anteceder às demais (e, assim, o impedimento e a incompatibilidade), poderá (e deverá) ser reconhecida espontaneamente, por escrito e em decisão devidamente fundamentada, caso em que os autos serão remetidos a outro juiz igualmente competente.

Quando a causa da exceção for anterior à ação penal e do conhecimento das partes, ela deverá ser oposta na primeira oportunidade, ou seja, por ocasião da resposta escrita (art. 396-A, CPP). A petição poderá ser assinada pela própria parte ou por procurador com poderes especiais (art. 98, CPP), diante da gravidade da arguição (a jurisprudência vem mantendo a exigência de poderes especiais para se

impetrar essa modalidade de exceção mesmo quando se trata de réu assistido pela Defensoria Pública, e mais: ainda que ele esteja ausente do distrito da culpa! Este julgado – REsp 1.431.043/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 27.04.201 – peca, a nosso sentir, ao inviabilizar, na prática, o exercício da defesa plena por parte do defensor. Nada se opõe à exigência de poderes especiais para membros da Defensoria Pública, por certo, mas temos que a regra deve ser relativizada quando se trata de réu ausente, já que sua manutenção nesses casos implica impossibilidade fática de se oferecer a exceção. O princípio da ampla defesa deveria prevalecer quando diante da possibilidade de julgamento por um juiz parcial, razão pela qual não vemos com bons olhos a conclusão exposta no julgado mencionado).

Não concordando o juiz com as alegações da parte *excipiente*, ele determinará a formação de autos apartados, oferecendo resposta em três dias, podendo, ainda, apresentar prova e arrolar testemunhas. Feito isso, os autos serão, em 24 horas, encaminhados ao tribunal competente, onde será julgada a exceção, após regular instrução.

Dispõe ainda o art. 100, § 2º, do CPP, que se a suspeição (e a incompatibilidade e o impedimento, acrescentaríamos nós) for de manifesta improcedência, o relator a rejeitará liminarmente.

Nos tribunais, as exceções de suspeição de seus membros serão julgadas conforme dispuserem os respectivos regimentos internos, diante do que se contém, *a contrario sensu*, no disposto no art. 24 da Lei nº 8.038/90.

Julgada procedente a exceção, todos os atos do processo serão anulados.

Em relação à suspeição, ao impedimento e à incompatibilidade de membro do Ministério Público, o juiz, depois de ouvido o interessado, poderá permitir a produção de prova no prazo de três dias, decidindo logo em seguida (art. 104, CPP).

Se a arguição for em relação aos peritos, aos intérpretes e aos serventuários, o juiz decidirá de plano, sem recurso, à vista da matéria alegada e provada imediatamente (art. 105, CPP).

Nos termos do art. 107 do CPP, não se poderá opor suspeição às autoridades

policiais nos atos do inquérito, o que não as impedirá de declararem-se suspeitas quando for o caso. A razão de ser da norma é que a autoridade policial não exerce atividade jurisdicional, que vem a ser o objeto da tutela das apontadas exceções.

A suspeição dos jurados, no Tribunal do Júri, deverá ser arguida *oralmente*, na respectiva sessão, decidindo o presidente do tribunal de imediato, se, negada pelo arguido (recusado), não for comprovada desde logo (art. 106).

Antes de prosseguirmos, cumpre fazer uma importantíssima observação.

Embora as exceções aqui apreciadas devam ser arguidas pelos interessados na primeira oportunidade que falarem nos autos, o fato é que, tratando-se de questão ligada ao devido processo legal, no que toca à imparcialidade da jurisdição, a suspeição, o impedimento ou a incompatibilidade poderão ser reconhecidos *mesmo após o trânsito em julgado* da ação *condenatória* (exceto quando *absolutória* a decisão, tendo em vista a vedação da revisão *pro societate*), se comprovada a violação da imparcialidade do órgão julgador. É que se cuida, evidentemente, de matéria de ordem e interesse eminentemente públicos, para muito além daquele das partes envolvidas no processo em que *concretamente* teria ocorrido a apontada causa (suspeição etc.).

8.2.1.2 Exceção de incompetência

Conforme vimos no capítulo relativo à jurisdição e à competência, o processo penal brasileiro distingue a hipótese de competência *relativa* da competência *absoluta*, fixada em razão da matéria ou em razão de prerrogativa de função.

A competência relativa é a competência determinada pelas regras infraconstitucionais; daí por que denominada competência *territorial*. A competência absoluta, por sua vez, que é aquela do juiz natural, pelo fato de ter origem em norma constitucional, poderá ser reconhecida a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado, em função da relevância do interesse público na correta e adequada distribuição de Justiça. O único limite ao seu reconhecimento, como já assinalado, refere-se à coisa julgada *pro reo*, tendo em vista a vedação constitucional (como

decorrência de nosso *sistema* processual) da proibição da *reformatio pro societate* (revisão da sentença absolutória por iniciativa do Estado). Do ponto de vista da *lei*, e não só do *sistema*, também há previsão expressa no conhecido Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º).

Por isso, excepcionada ou não a incompetência, reconhecida espontaneamente ou não pelo juiz, o processo poderá ser anulado a qualquer tempo, quando se tratar de incompetência absoluta.

O objeto, por excelência, da exceção de incompetência prevista no Código de Processo Penal é, portanto, a incompetência territorial, ou seja, a incompetência *relativa*.

Essa, como o próprio predicado (*relativa*) indica, seria firmada mais no interesse das partes que propriamente no interesse público da jurisdição. Evidentemente, mesmo tratando-se de critério territorial para a determinação da competência, sempre haverá, em certa medida, o interesse público, já que se cuida de atividade do Poder Público. Mas o que estamos afirmando é que o interesse prevalecente é o das *partes* envolvidas na disputa judicial, em função de se atribuir a elas, como regra, o ônus da prova de suas alegações (art. 156, CPP).

Entretanto, o nosso Código de Processo Penal, tão cioso da necessidade de proteção de seu secular dogma da verdade real, que atribui ao juiz ampla iniciativa probatória, permite que mesmo a incompetência relativa seja reconhecida *de ofício* – o que nos parece até razoável – e a *qualquer tempo*, consoante se extrai do art. 109 do CPP, o que aí já se nos afigura absolutamente inconveniente e inoportuno. A lógica do raciocínio parece ser a seguinte: se a competência territorial, determinada em razão do lugar, busca atender às preocupações com a qualidade da prova a ser produzida, nada mais coerente que permitir a *participação* do juiz na fixação do foro, dado que a ele se reserva a iniciativa probatória e a livre formação de seu convencimento.

Que assim seja não nos parece haver maiores problemas. Entretanto, ao se permitir que o juiz reconheça a sua incompetência relativa *em qualquer fase do processo*, o que passa a ser afetado, aqui já com os olhos postos em nossa prática judiciária, é a

qualidade da própria jurisdição penal, que deve realizar-se em tempo mais breve possível, desde que respeitadas as garantias constitucionais do acusado. É preciso, sempre que possível, evitar-se a repetição e o não aproveitamento de atividade jurisdicional já realizada, o que resta irremediavelmente comprometido com a possibilidade de reconhecimento de incompetência *após* a realização da *instrução criminal*.

Por isso, há de ser muitíssimo bem-vinda a inserção expressa do princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP), a determinar que o magistrado que instruir o processo deverá sentenciá-lo, impondo, assim, um limite ao reconhecimento da incompetência relativa pelo juiz. Como não haverá mais a possibilidade de ratificação dos atos instrutórios, ao menos como regra, e porque deve-se evitar a repetição de atos processuais, a questão atinente à incompetência relativa deverá estar resolvida até a referida fase (de instrução).

Quanto ao rito (arts. 108 e 109, CPP):

a) a incompetência pode ser oposta verbalmente ou por escrito, no prazo resposta escrita (em regra, 10 dias, conforme art. 396, CPP);
b) o prazo é preclusivo *para as partes*, ressalvada, assim, a possibilidade de o próprio juiz reconhecer a sua incompetência territorial, desde que o faça até *antes da audiência de instrução concentrada*, em face do princípio da identidade física do juiz;
c) ouvido o Ministério Público, se for aceita a declinatória, o juiz remeterá os autos ao juiz competente, pelo qual poderão ser ratificados os atos processuais *não decisórios*; se recusada, o juiz dará prosseguimento ao processo, registrando por escrito a exceção oposta verbalmente.

Da decisão que aceitar a declinatória, reconhecendo a incompetência, caberá recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, III, do CPP.

Quando recusada a exceção, a regra é o não cabimento de qualquer recurso nominado – isto é, previsto expressamente na lei –, podendo ter cabimento, todavia, o

habeas corpus, com fundamento no disposto no art. 648, III, do CPP.

8.2.1.3 Demais exceções

Segundo o disposto no art. 110 do CPP, na apreciação das exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e de coisa julgada, será adotado o mesmo procedimento daquele previsto para o julgamento da exceção de incompetência, cabendo ainda as seguintes observações:

a) por ilegitimidade de parte deve-se entender o incidente acerca da legitimação *ativa* para o processo penal, uma vez que, como vimos, a ação pode ser pública ou privada, o que determinará a titularidade, estatal ou privada, de seu exercício. Assim, proposta a ação por quem não tem legitimidade ativa, a exceção poderá ser oposta tanto como matéria de defesa quanto pela via da exceção, autuada em apartado.

   Entendemos, porém, que não se trata de matéria sujeita à preclusão, podendo ser arguida pelo réu em qualquer fase do processo, como matéria de defesa, *mesmo após o trânsito em julgado*, quando condenatória a decisão. É que, segundo nos parece, cuida-se de questão atinente ao devido processo legal, de índole constitucional. Se absolutória, valem as considerações já expendidas acerca da coisa julgada *pro reo*.

   Uma última observação: também a alegação relativa à *ilegitimidade ad processum*, ou seja, à capacidade de estar ou integrar validamente uma relação processual, *em qualquer processo* (que não é a mesma coisa que *ilegitimidade ad causam*, ou ilegitimidade para *determinado* processo), poderá ser feita por via da exceção de ilegitimidade de parte, bem como por via de defesa direta, nos autos principais. O exemplo mais comum é o do acusado menor de 18 anos;

b) por litispendência há de se entender a repetição de causa já instaurada anteriormente, envolvendo as *mesmas partes* e o *mesmo fato delituoso*, que vem a ser a *causa petendi*;

c) por coisa julgada há de se entender a decisão judicial que já tiver apreciado o *fato principal*, ou seja, aquele apontado expressamente na parte dispositiva da sentença. A matéria relativa à coisa julgada será objeto de análise por ocasião do estudo dos atos judiciais. Por ora, deixemos consignado apenas que o que faz coisa julgada no processo penal é o *fato real* objeto da imputação feita na inicial, independentemente de sua classificação jurídica e de estarem as suas circunstâncias *reais*, isto é, *efetivamente ocorridas*, incluídas ou não na peça acusatória. Assim, por exemplo, se a inicial dá notícia da existência de um crime de furto (subtração de coisa alheia móvel), ainda que o que *efetivamente* tenha ocorrido tenha sido a subtração *mediante violência ou grave ameaça* (roubo), não mais se poderá reabrir a discussão acerca do *fato* da subtração, ou mesmo de ser *alheia* a coisa, em razão da *res iudicata*. Em outras palavras: o que passa em julgado é a *realidade histórica* (ocorrida), e não a realidade *imputada* ou descrita na acusação.

   Obviamente, a coisa julgada, em relação à sentença condenatória, impede apenas nova persecução (nova ação penal, com outra definição jurídica do fato); não impede, porém, a ação de revisão criminal, no interesse do acusado (art. 621, CPP);

d) as questões relativas às exceções, incluindo a de incompetência *absoluta* e de suspeição, podem sempre ser alegadas como matéria de defesa (preliminar ao mérito), em qualquer tempo, independentemente do procedimento de exceção;

e) se houver mais de uma exceção, todas deverão constar de um único articulado c petição;

f) as exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra o processo principal (art. 111, CPP).

8.3 Do conflito de jurisdição

O que vem tratado no Código de Processo Penal como*conflito de jurisdição* é tanto o conflito de *competência* quanto o conflito entre jurisdições diferentes.

Esclarecendo: o conflito existente entre juízes de uma mesma *jurisdição* – Juízes de Direito, por exemplo – é normalmente tratado como hipótese de conflito de *competência*, atribuindo-se a esse vocábulo o sentido único de competência *territorial*.

Quando, ao contrário, o conflito ocorre entre órgãos de jurisdições distintas – tal o exemplo da jurisdição federal e estadual, ou entre a jurisdição militar e a federal, ou entre a estadual e a eleitoral –, já se utilizou e ainda se utiliza a expressão conflito de *jurisdição*.

A distinção, embora facilitando a compreensão das apontadas categorias jurídicas (jurisdição e competência), não tem qualquer utilidade prática, nem pode ser extraída da redação do nosso ordenamento processual.

Com efeito, quer se trate de conflito entre competências territoriais, quer se trate de conflito envolvendo a competência em razão da matéria ou aquela fixada por prerrogativa de função, o incidente é o mesmo, tratado no Código de Processo Penal como caso de conflito de jurisdição. Já a Constituição Federal adota terminologia distinta, preferindo referir-se aos conflitos de *competência* (art. 105, I, *e*, CF), independentemente da matéria neles veiculada.

Como se percebe, trata-se de mais uma modalidade de fixação da competência penal.

O conflito pode ser *positivo*, quando dois ou mais órgãos do Judiciário, juízes ou tribunais, considerarem-se competentes para o processo e julgamento do mesmo fato criminoso, ou *negativo*, quando aquelas autoridades judiciárias se afirmarem incompetentes para o conhecimento da causa penal (art. 114, I, CPP).

E mais: o conflito também poderá ocorrer quando surgir entre as citadas autoridades judiciárias qualquer controvérsia acerca da unidade de juízo, reunião ou separação de processos (art. 114, II). Vejamos o que seja isso.

Conforme estudamos no capítulo relativo às modificações de competência, a conexão e a continência entre dois ou mais fatos (ou *consequências jurídicas*, já que, na continência, a ação é uma só, podendo resultar em concurso formal, conforme art.

70, CP) determinam a reunião de processos, para o fim de unidade de julgamento. A *controvérsia* a que alude o citado dispositivo (art. 114, II) é aquela a respeito exatamente dos critérios de fixação de competência a partir da constatação da existência da conexão ou da continência, caso do disposto no art. 78 do CPP, bem como dos dispositivos constitucionais pertinentes, quando se tratar da aplicação das regras do *juiz natural*.

Do mesmo modo que em relação à unidade de juízo e à reunião de processos, a controvérsia poderá surgir também sobre a necessidade de separação de processos, envolvendo casos de separação *obrigatória* ou *facultativa*, conforme o disposto nos arts. 79 a 82 do CPP. Poderá surgir até mesmo acerca da existência ou não de conexão e/ou continência, do que resultaria a separação ou a necessária reunião dos processos. É aí que se fará necessária a solução judicial do conflito, mediante a aplicação das regras procedimentais do Código de Processo Penal e das normas constitucionais relativas à competência para o julgamento do denominado conflito de jurisdição ou conflito de competência.

A Constituição Federal prevê, por exemplo, que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais (TRF, TJ etc.), entre os tribunais superiores (TSE, TST, STM) entre estes (tribunais superiores) e quaisquer tribunais, conforme o disposto no art. 102, I, *o*.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça apreciar e resolver os conflitos de competência entre quaisquer tribunais (TRF, TJ etc.), entre tribunal e juiz a ele não vinculado (TJ e Juiz Federal, TRF e Juiz de Direito etc.) e entre juízes vinculados tribunais diversos (Juiz Federal e Juiz de Direito etc.), tudo conforme previsto no art 105, I, *d*.

Quando se tratar de conflito de competência existente entre juízes vinculados ao mesmo tribunal, a solução será dada por este. Assim, em eventual conflito entre Juízes de Direito vinculados ao mesmo Tribunal de Justiça, caberá a este tribunal a solução. Cuida-se, aqui, de hipótese de *hierarquia jurisdicional*. Em relação à Justiça Federal, por exemplo, a regra é expressa, consoante se observa do art. 108, I, *e*, da

CF.

Quando, porém, o conflito se instaurar entre Juízes de Direito vinculados a Tribunais de Justiça diversos (Juiz de Direito de Minas Gerais e Juiz de Direito d outro Estado, por exemplo), a solução competirá, como visto, ao Superior Tribunal de Justiça.

Releva notar, ainda, que o conflito poderá ter lugar tanto em relação ao processo e julgamento da ação penal *em primeira instância* quanto em relação à competência para a apreciação e julgamento do *recurso* aviado contra decisão de primeira instância. É o que ocorreria, por exemplo, no caso de decisão proferida por Juiz de Direito *no exercício da competência federal*, tal como se dava no julgamento de crime de tráfico internacional (ou transnacional) de drogas, quando o lugar da infração não fosse sede da Justiça Federal, nos termos do já revogado art. 27, da igualmente revogada Lei nº 6.368/76 (ambos revogados pela Lei nº 11.343/06, atual legislação sobre o tráfico de drogas).

O conflito, àquela época – e não mais, porque em tema de modificação de competência, aplica-se a lei *atual* (Lei nº 11.343/06) – poderia ocorrer a partir de eventual entendimento do Tribunal de Justiça no sentido da não existência de tráfico *internacional*, instaurando-se a controvérsia entre este e o Tribunal Regional Federal da correspondente Seção Judiciária. Solução: conflito de competência (ou de jurisdição), a ser solucionado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme art. 105, I, *d*, da CF.

Eis uma questão relevantíssima.

Proferida uma decisão em primeira instância por juiz incompetente *em razão da matéria*, apenas ao respectivo tribunal a quem se encontra vinculado o juízo é dada a revisão do julgado, com a anulação do processo e posterior remessa ao juiz competente. Não é possível, em hipótese alguma, que a anulação da sentença seja feita pelo órgão de segunda instância de *outra jurisdição*, ainda que originariamente competente. Por exemplo: em crime da competência federal, determinado Juiz de Direito profere decisão final. Interposto o recurso e reconhecendo tratar-se de crime federal, o juiz sentenciante encaminha os autos diretamente ao Tribunal Regional

Federal. Ali, o aludido órgão, por entender que a competência é mesmo federal, resolve *anular* o processo e remeter os autos ao Juiz Federal de primeira instância. Nada mais equivocado.

Em primeiro lugar, porque a Constituição Federal não atribui aos tribunais de segunda instância o poder da avocatória *em relação a outro tribunal de mesma hierarquia*, tal como ocorre, por exemplo, com o STF e o STJ.

E assim também é porque não há qualquer previsão normativa de fonte constitucional que autorize o Tribunal Regional Federal a exercer controle jurisdicional de atos judiciais praticados por juízes a ele não vinculados. Basta ver o disposto no art. 108, II, da CF, a prever a competência daqueles tribunais (TRF) para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos *Juízes Federais* e pelos Juízes Estaduais *quando no exercício da competência federal da área de sua jurisdição*.

A anulação do julgado, então, caberia apenas ao tribunal a que for atribuída competência recursal originária – no exemplo anterior, o Tribunal de Justiça. Eventuais desacertos praticados em uma ou outra jurisdição somente podem ser coartados, *pela via do conflito de jurisdição*, quando ainda não decidida a causa em primeira instância ou quando for a hipótese de conflito relativo à competência recursal originária, casos expressos daqueles previstos no art. 109, § 4º, da CF.

Outro exemplo de questão relativa a conflito de competência, desta vez envolvendo Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais: em julgamento realizado em novembro de 2002, o Superior Tribunal de Justiça, resolvendo conflito de competência instaurado entre Turma Recursal de Juizado Especial Criminal Estadual e Tribunal de Alçada do mesmo Estado (tais tribunais não existem mais, como se sabe), trilhou caminho manifestamente equivocado, *data venia*, como se procurará demonstrar (STJ – Código Civil nº 34.586/MG, Rel. Min. Félix Fischer).

O referido processo, instaurado perante o Juizado Especial Criminal, recebeu ali sentença condenatória, da qual foi interposto recurso para a respectiva Turma Recursal. A Turma Revisora, então, resolveu *anular* o processo, ao entendimento de que a competência não era do Juizado, mas, sim, do juízo comum.

Recebidos os autos pelo Juiz de Direito (primeira instância da Justiça Comum), foi

proferida nova decisão condenatória, da qual, mais uma vez, interpôs-se recurso, encaminhado para o Tribunal de Alçada do Estado, ainda existente, à época.

Aquela Corte, porém, declinou de sua competência para a Turma Recursal do Juizado Especial, ao fundamento de que se tratava de matéria de competência originária dos Juizados.

Com o devido respeito de seus ilustres membros, o citado Tribunal agiu de forma inteiramente equivocada, tendo em vista que a ele competiria, *naquele momento*, apreciar, primeiro, e tão somente, a sua competência *recursal*, na medida em que o objeto do recurso era sentença proferida *por Juiz de Direito, da Justiça Comum*, e não de decisão proferida *pelo Juizado Criminal*.

Assim, independentemente de se saber de quem era a competência *de primeira instância* (isto é, se do Juizado, ou se da Justiça Comum), o fato é que, *inicialmente*, repita-se, cumpria-lhe (ao Tribunal de Alçada) *apreciar* o recurso. Em outras palavras: a competência para *conhecer* e, a partir daí, *anular* ou *reformar* o julgado era, com efeito, do Tribunal de Alçada, órgão com jurisdição recursal hierarquicamente superior à primeira instância da Justiça Comum estadual.

Com isso, não restou outra alternativa à Turma Recursal dos Juizados, para quem os autos haviam sido remetidos (pela declinatória de foro), senão suscitar conflito de competência junto ao STJ, pela simples razão de que *não competia a ela* julgar recurso contra sentença da Justiça Comum. Simples.

Mas não foi o que pareceu ao Superior Tribunal de Justiça, ao menos naquela hipótese.

O conflito de competência foi solucionado dando-se pela competência da Turma Recursal dos Juizados! O fundamento: a matéria cuidava de infração penal de menor potencial ofensivo, de competência, pois, dos Juizados.

Ora, *data venia*, a referida decisão comete equívoco manifesto. Não na afirmação de que se tratava de infração de menor potencial ofensivo e que, por isso, a competência seria dos Juizados. Até aí, aceita-se, mesmo porque se desconhece o caso *concreto* – e, aliás, nem sequer é necessário o seu conhecimento, ao menos para

a finalidade que mais nos interessa nesse caso.

Problematizando a questão:

a) nos termos do art. 98, I, *in fine*, da Constituição da República, bem como do art 82 da Lei nº 9.099/95, a competência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais não é *limitada* ao julgamento dos recursos interpostos contra decisões *proferidas pelo Juizado*?
b) nos termos da Constituição da República, arts. 108 e 125, § 1º, do art. 582 do CPP e, no exemplo, da própria Constituição do Estado de Minas Gerais (arts 106 e 108, II), a competência *recursal* para o julgamento de decisões proferidas pela Justiça Comum de primeira instância não é *dos Tribunais de Justiça*?
c) um órgão do Judiciário que não detém *hierarquia jurisdicional* sobre outro pode julgar as suas decisões?

Então, vejamos.

Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça não tem hierarquia jurisdicional sobre os Juizados Especiais Criminais, já que, por força da Constituição da República, como vimos, somente a detém as respectivas Turmas Recursais, ainda que integradas por juízes de primeiro grau (art. 98, I). Quem julga decisão do Juizado, portanto, certas ou erradas, bem ou mal, é apenas a Turma Recursal. Já veremos jurisprudência da Suprema Corte insinuando entendimento diverso, a estabelecer hierarquia jurisdicional do Tribunal de Justiça sobre as Turmas Recursais, desconsiderando o disposto na Súmula 690 – STF.

E mais. As Turmas Recursais, como veremos no capítulo relativo aos recursos, deveriam se submeter somente à hierarquia recursal do Supremo Tribunal Federal, consoante a jurisprudência naquela Corte, ao fundamento de que, de suas decisões (das Turmas), o único recurso cabível é o recurso extraordinário (art. 102, III – decisões de *única* ou *última instância*), não sendo possível a interposição de recurso especial, porque não previsto na Constituição da República (art. 105, III, que se

refere a decisões proferidas *por tribunais*). Por isso, das decisões das Turmas Recursais seria cabível recurso extraordinário, ou a impetração de *habeas corpus*. Não modifica tal entendimento o fato de se atribuir ao Superior Tribunal de Justiça o poder de resolver o conflito entre tribunal de segunda instância e Turma Recursal dos Juizados (art. 105, I, *d*, CF); tal competência se limitará à determinação da jurisdição, cabendo ao Supremo Tribunal Federal conhecer de eventual impugnação pela via extraordinária.

No entanto, é bem de ver que, contrariando toda a jurisprudência consolidada – aliás, Sumulada (690) – naquela Corte, decidiu-se pela competência dos Tribunais de Justiça dos Estados para a apreciação de *habeas corpus* contra decisão emanada de Turma Recursal dos Juizados Criminais Especiais, conforme se vê no julgamento do HC nº 86834/SP (Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23.8.2006). Consequência disso é que aquela Corte parece afirmar a existência de uma hierarquia jurisdicional dos Tribunais de Justiça, com o que, jamais poderia haver *conflito de competência* entre eles (Turmas Recursais e Tribunais de Justiça). Cabe uma pergunta: fora do *habeas corpus* (que não é *recurso*), há previsão de recurso para os Tribunais de Justiça de decisões das aludidas Turmas Recursais? A resposta parece ser negativa, até porque, houvesse recurso, as infrações de menor potencial ofensivo se submeteriam a *três graus de jurisdição*, antes de poder ser alçadas às vias recursais extraordinárias (no caso, o recurso extraordinário, para o STF).

Então, e independentemente de alteração da jurisprudência que acabamos de mencionar, as Turmas Recursais não poderiam *jamais*, em grau recursal, apreciar as decisões proferidas pela primeira instância da Justiça Comum, dado que sua hierarquia jurisdicional se exerce apenas em relação aos Juizados Especiais, como parece evidente.

Assim, ainda que a hipótese concreta do exemplo dado cuidasse de infração de menor potencial ofensivo, da competência dos Juizados, o fato é que *competente* para *anular* a decisão do Juiz de Direito (por vício de incompetência) seria o extinto Tribunal de Alçada (ou até mesmo o Tribunal de Justiça, dependendo da Constituição de cada Estado), mas *nunca* a Turma Recursal.

Uma coisa é afirmar a competência *de origem*, isto é, para o conhecimento da causa em primeira instância; outra, muito diferente, é afirmar a competência para *o julgamento do recurso*. Nesse caso, da competência recursal, o que deverá ser decidido, primeiro, não é a causa originária, mas, sim, a *admissibilidade* do recurso, entre cujos requisitos encontra-se a identificação do órgão da jurisdição que proferiu o seu julgamento (da causa).

Por último: se o conflito fosse instaurado entre o Juiz de Direito, da Justiça Comum estadual, a quem foram remetidos os autos, e a Turma Recursal dos Juizados, após a anulação, por esta, da sentença condenatória proferida pelo Juizado, aí, sim, o STJ poderia resolver a questão dando pela competência daquela (Turma Recursal), por reconhecer a competência (*de origem*) do Juizado.

Linhas atrás, dissemos que a Suprema Corte não acompanhava a posição do Superior Tribunal de Justiça no acórdão aqui citado, envolvendo conflito entre Turma Recursal dos Juizados Especiais e o extinto Tribunal de Alçada. De fato. No julgamento do HC nº 84.566/ MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, em 14.9.2004 afirmou-se a competência daquele Tribunal para o julgamento de recurso interposto contra decisão condenatória proferida *pelo juízo comum*. No caso, embora reconhecida a menor potencialidade lesiva da infração penal naquela Corte, o Supremo Tribunal Federal esclareceu que somente o órgão jurisdicional hierarquicamente superior ao juízo comum poderia *anular* ou *rever* a decisão de primeiro grau. Absolutamente correto.

Postas algumas hipóteses referentes ao conteúdo de eventuais conflitos de competência, ou de jurisdição, continuemos.

A ritualística (procedimento):

a) o conflito pode ser requerido pela defesa e pela acusação; pelo órgão do Ministério Público em ações penais privadas; ou pelos próprios juízes e tribunais, sob a forma de representação, expondo os fundamentos de fato e juntando os documentos comprobatórios de suas alegações;
b) quando negativo o conflito, ausente então o risco de andamento do processo, o

conflito poderá ser suscitado nos próprios autos (e não em autuação apartada); quando positivo, o relator poderá determinar a suspensão da ação penal, para evitar prejuízos aos interessados;

c) requisitadas e prestadas as informações pelas autoridades judiciárias em conflito, e depois de ouvido o Ministério Público, o tribunal resolverá o incidente.

O Código de Processo Penal prevê ainda o incidente da avocatória, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal exerceria o controle de sua jurisdição (art. 117).

Entretanto, a Constituição Federal estabelece procedimento distinto, sob a denominação de reclamação (conforme art. 102, I, *l*), atribuindo igual poder ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I,*f*), antigamente regulamentado pela Lei nº 8.038/90, e atualmente regido pelo Código de Processo Civil (arts. 988 a 993), que optou por revogar os dispositivos daquele diploma que tratavam sobre este instituto.

8.4 Da restituição de coisas apreendidas

O incidente de restituição de coisas apreendidas destina-se, em regra, a solucionar questões de natureza civil. Dizemos *em regra* porque também a matéria penal está ao seu alcance, no que respeita à origem e à destinação do bem apreendido no curso da persecução penal (durante a investigação ou mesmo durante a ação penal).

Como já visto, todas as coisas e bens que puderem constituir matéria de prova de demonstração de fato ilícito deverão ser recolhidas e apreendidas pela autoridade policial, permanecendo à disposição dos interesses da persecução penal. É o que ocorre por ocasião das diligências policiais (art. 6º, CPP), seja durante o inquérito, seja por ordem judicial expressa, via mandado de busca e apreensão (arts. 240 a 250, CPP).

Já, então, uma distinção: entre as coisas apreendidas, algumas delas poderão ser objeto de apreciação *na própria sentença penal*, a ser proferida no processo principal, no que se refere à sua origem e à sua destinação, pois, nos termos do

disposto no art. 91 do CP, um dos efeitos da sentença penal condenatória é a *perda em favor da União* (inciso II), "*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" (grifamos).

O mencionado dispositivo faz ressalva expressa do direito do lesado e do terceiro de boa-fé, o que não poderia ser de outro modo, no que se refere particularmente ao bem *produto de crime*. Ora, se o crime praticado foi de natureza patrimonial, nada mais justo que o seu verdadeiro titular – a vítima – seja ressarcido de seu prejuízo.

No caso de apreensão de coisa adquirida com o produto da infração, cuja restituição seja negada, procede-se ao seu sequestro, com as consequências que adiante veremos (art. 121, CPP).

As demais coisas, não constituindo produto de crime ou instrumento cuja posse ou o fabrico constituam, por si mesmo, um delito, somente deverão permanecer apreendidas enquanto não tiverem cumprido, ainda, a finalidade a que se destinou a apreensão: o exame de sua pertinência e do seu conteúdo probatório. Daí o disposto no art. 118 do CPP a dizer que "*antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo*".

Assim, como regra, a questão tratada no incidente de restituição de coisas é matéria de Direito Civil, relativa à propriedade do bem apreendido, à exceção daquelas mencionadas no art. 91 do CP.

O pedido de restituição poderá ser apreciado até mesmo pela autoridade policial quando inexistirem quaisquer dúvidas quanto à propriedade da coisa, e, assim, ao direito do reclamante ou requerente. Saliente-se, então, que a possibilidade franqueada à autoridade policial há de se revelar estreme de qualquer dúvida razoável, uma vez que a prova produzida na fase pré-processual se destina ao Ministério Público.

Se duvidoso o direito, o pedido será autuado em apartado, perante o Juiz Criminal competente para a apreciação da ação penal relativa à apreensão, assinando-se o

prazo de cinco dias ao requerente para a produção da prova de suas alegações.

Do mesmo modo, somente o Juiz Criminal poderá resolver o pedido de restituição se as coisas tiverem sido apreendidas em poder de terceiros de boa-fé, abrindo-se o prazo de dois dias aos interessados (o requerente da restituição e o terceiro em poder de quem se apreendeu o bem) para a comprovação da propriedade (art. 120, § 2º). Tratando-se de incidente a ser solucionado pela autoridade judicial, deverá ser ouvido o Ministério Público.

Quando a prova da propriedade for de difícil elucidação, incompatível com o rito célere do incidente de restituição, o Juiz Criminal remeterá as partes para o juízo cível, declinando de sua competência para a solução da questão, ordenando, porém, o depósito da coisa em mãos de depositário ou do próprio terceiro que a detinha, se pessoa cuja idoneidade tenha sido demonstrada (art. 120, § 4º).

No que se refere às consequências jurídicas da decisão judicial que resolve o incidente de restituição, a que apresenta maior relevo é aquela que o *indefere*, qualquer que seja o seu fundamento (ausência de prova da propriedade, por se tratar de produto de crime ou adquirido com o proveito dele resultante). O recurso cabível, segundo nos parece, será o de *apelação*, por se tratar de decisão *com força de decisão definitiva* (art. 593, II, CPP), a resolver o*mérito* do incidente. Esta é também a posição do Superior Tribunal de Justiça, como se vê no REsp 1.787.449-SP, Rel Min. Nefi Cordeiro.

Quanto ao produto do crime ou de seu proveito, a solução é idêntica àquela regulada pelo sequestro, como já assinalado, aplicando-se o art. 133 do CPP, com a venda do bem em leilão, após o trânsito em julgado de sentença *condenatória*, recolhendo-se o valor apurado ao Tesouro Nacional, depois de descontado o que couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé. Se não houver pedido de restituição, pela ausência de interessados, o juiz, decorrido o prazo de 90 dias após transitar em julgado a sentença condenatória, decretará a perda dos bens em favor da União, procedendo-se na forma do art. 122.

Por fim, tratando-se de coisas cuja utilidade da apreensão seja unicamente probatória, ao final do processo ela será devolvida ao proprietário. Se não houver,

porém, prova do domínio, o juiz, dentro de 90 dias após o trânsito em julgado da sentença, condenatória ou absolutória, determinará a venda em leilão dos bens apreendidos, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes.

8.5 Das medidas assecuratórias

No capítulo das medidas assecuratórias, o Código de Processo Penal trata das medidas cautelares de natureza patrimonial, cujo objetivo seja, fundamentalmente, o ressarcimento ou a reparação civil do dano causado pela infração penal. Enquanto a ação civil *ex delicto*, regulada nos arts. 63 a 68 do CPP, cuida do processo de *conhecimento* (por meio da ação ordinária proposta perante o juízo cível) e do processo de *execução* (execução da sentença penal condenatória), pelos quais se pretende a recomposição civil do dano causado pela infração penal, as medidas assecuratórias buscam proteger a efetividade daqueles procedimentos, ostentando, portanto, natureza acautelatória.

Mas não só ao interesse patrimonial da pessoa atingida pela infração penal dirigem-se as normas processuais atinentes às medidas assecuratórias. Casos haverá em que o interesse no sequestro e posterior destinação do bem (alienação judicial) não poderá ser particularizado, evidenciando natureza eminentemente pública, como ocorre em relação ao crime de tráfico de drogas, por exemplo. Nessas situações, a lei determina o perdimento de quaisquer bens ou valores que constituam proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II, *b*, CP).

O Código de Processo Penal faz referência ao*sequestro*, tanto de bens móveis quanto imóveis, e à *hipoteca legal*, estabelecendo as condições de desenvolvimento dos respectivos procedimentos. Uma observação: corrigindo antiga redação do CPP, que não utilizava a melhor técnica processual, a Lei nº 11.435/06 substituiu a expressão *sequestro* por *arresto*, modificando, assim, o disposto nos arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143, já que ali se não cuidava de apreensão de bens adquiridos ilicitamente ou que fossem produtos do ilícito. *Sequestro*, portanto, é a retenção da coisa *litigiosa*, por ordem judicial, quando presente dúvida acerca de sua

propriedade ou origem; *arresto*, de outro lado, é a retenção de quaisquer bens, para fins de garantia de solvabilidade do devedor.

Feita a observação, cumpre declinar as hipóteses de uma (sequestro) e outra (especialização da hipoteca e arresto) modalidade cautelar.

8.5.1 Sequestro

Caberá o sequestro dos bens imóveis adquiridos pelo indiciado ou acusado com os proventos (proveito) da infração, ainda que já tenham sido objeto de alienação a terceiros. Quando o terceiro tiver agido com boa-fé, poderá opor embargos ao sequestro, conforme veremos.

Quando se tratar de bens móveis adquiridos com o proveito da infração, a hipótese será também de sequestro (art. 132, CPP). Se o bem móvel for, ele próprio, o *produto* da infração, a medida cabível será a busca e a apreensão prevista no art. 240, § 1º, *b*, do CPP, sendo incabível, no caso, o *pedido de restituição* (art. 118), por se tratar de coisa (produto de crime) sujeita à pena de perdimento, consoante o disposto no art. 91 do CP.

A medida de sequestro será decretada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou ofendido (lesado), ou mediante representação da autoridade policial, seja na fase investigatória, seja no curso da ação penal, devendo ser levada à inscrição no Registro de Imóveis (art. 128). Se decretada antes da ação penal, o Ministério Público ou o querelante (caso privada a ação) deverão oferecer a denúncia ou queixa no prazo de 60 dias após a conclusão da diligência, sob pena de levantamento da medida. Vejamos.

A inscrição no Registro de Imóveis dispensa mais considerações, uma vez que a função acautelatória dos interesses patrimoniais do lesado ou mesmo do interesse público no perdimento dos bens adquiridos com proveito da infração estaria irremediavelmente afetada sem a garantia contra terceiros de boa-fé, o que, em relação a bens imóveis, somente se realiza a partir da inscrição no Registro de Imóveis.

A autorização concedida ao juiz, para a decretação de ofício da medida, pode ser explicada tanto pela presença do interesse público em determinados processos quanto por se tratar de matéria estreitamente ligada ao mérito (proventos resultantes da ação criminosa, sujeitos à pena de perdimento) da ação penal, submetida, portanto, ao amplo conhecimento judicial.

Quanto ao levantamento do sequestro por inércia do responsável pela acusação, se não proposta a ação em 60 dias da conclusão da medida, trata-se de consequência perfeitamente compreensível. É que o sequestro tem natureza acautelatória, exigindo, assim, para a sua decretação, exame prévio acerca da *urgência* da medida (o *periculum in mora*), determinando o aceleramento das diligências conclusivas da investigação.

Por isso, os requisitos para a decretação do sequestro são tipicamente cautelares:

a) existência de fato criminoso;
b) indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126, CPP).

Embora o aludido art. 126 não faça referência expressa ao *perigo da demora*, entendemos que tal exigência, além de consequência lógica de toda e qualquer medida que se apresente como *acautelatória*, pode ser extraída da leitura do art. 131, I, que cuida da hipótese, já aqui mencionada, de levantamento do sequestro.

Do rito procedimental do sequestro, além do processamento em apartado, como os demais processos incidentes, assinale-se a possibilidade de oferecimento de embargos, tanto pelo acusado quanto por terceiros, delimitando o Código, todavia, a matéria passível de apreciação no referido incidente.

Tratando-se de embargos opostos pelo próprio acusado, o fundamento haverá de ser o fato de não ter sido o imóvel adquirido com os proventos da infração (art. 130, I); quando opostos por terceiros, que se encontrem na titularidade (por título oneroso) do bem, a matéria se restringirá à qualidade e à idoneidade da aquisição. Em uma palavra: a boa-fé (inciso II do mesmo art. 130).

É bem de ver, porém, que a exigência de fundamentação *vinculada* (às matérias mencionadas no art. 130, CPP) dos embargos pode esbarrar, no caso concreto, nas franquias constitucionais do devido processo legal, uma vez que ninguém será privado de seus bens sem a sua observância (art. 5º, LIV). Assim, parece-nos, também aqui, irrecusável a observância do princípio da ampla defesa e do contraditório.

De todo modo, o procedimento de embargos não poderá ser julgado até a solução definitiva da ação penal, o que somente ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença.

Sendo absolutória a decisão ou julgada extinta a punibilidade, o sequestro será imediatamente levantado. Note-se que a decisão extintiva da punibilidade não afeta o direito do lesado à recomposição civil, limitando-se a determinar o levantamento do sequestro no âmbito criminal. Nada impedirá, portanto, a adoção das providências cabíveis junto ao juízo cível. O mesmo poderá ocorrer com a sentença absolutória, dependendo de sua conclusão. Se a absolvição ocorrer por falta de provas, por exemplo, não estará trancada a via da ação civil, conforme já analisamos no capítulo a ela referente, ao qual remetemos o leitor.

O sequestro poderá ainda ser levantado desde que o terceiro preste caução suficiente (art. 131, II).

Quando condenatória a decisão, e uma vez passada em julgado, os bens serão levados a leilão, recolhendo-se o apurado ao Tesouro Nacional, depois de retirado o que couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé (art. 133).

Quando condenatória a decisão, e uma vez passada em julgado, os bens serão leva-dos a leilão, recolhendo-se o apurado ao Fundo Penitenciário Nacional (exceto se houver previsão diversa em lei especial), depois de retirado o que couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé (art. 133).

O procedimento de alienação antecipada passou a ser regulamentado pelo disposto no art. 133 do CPP, que foi objeto de acréscimos pela Lei 13.964/19.

O que foi incorporado na legislação *geral* são disposições que já existiam para algumas leis especiais (como Lei Antidrogas, por exemplo), em que era permitida a

destinação de determinados bens para uso por instituições de segurança ou outras. Havia muitos questionamentos jurisdicionais sobre a legalidade das destinações sem a previsão ex-pressa para os casos não específicos nas leis especiais. Parece que, agora, não haverá nessa parte maiores questionamentos.

E a lei foi expressa em permitir que a utilização se dê sobre bens sequestrados, apreendidos ou sujeitos a quaisquer medidas assecuratórias previstas no art. 144 da Constituição Federal.

Reconhece-se a prioridade da destinação ao órgão de segurança pública participante das ações de investigação ou repressão das infrações que ensejaram a apreensão dos bens. Fora dessas opções, garantiu-se ainda ao juiz a possibilidade de autorizar o uso por demais órgãos públicos, desde que demonstrado (e fundamentado) o interesse público na utilização desses bens.

O que se encontra previsto no § 3º do art. 133-A do CPP guarda igual similitude ao que previsto, por exemplo, no § 13 do art. 61 da Lei nº 11.343, na redação conferida pela Lei nº 13.886/19.

Importante referir ainda a inserção do art. 91-A do CP, prevendo novos critérios e possibilidades de perda de valores equivalentes para a reparação do dano. Ali, determina-se que, desde que o tipo penal em apuração preveja pena máxima em abstrato superior a 6 anos, é possível decretar a perda não apenas dos bens que sejam produto ou proveito da infração criminosa, mas também de bens (aparentemente lícitos) correspondentes *à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito*. A finalidade da lei é bastante clara: evitar uma "blindagem" patrimonial por agentes criminosos que apresentem patrimônio que seja incompatível com seus rendimentos lícitos declarados.

A lei foi cuidadosa ao estabelecer quais são os parâmetros para definir o que seria o "patrimônio do condenado". Serão os bens que lhe pertençam diretamente e também aqueles que tenham domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente (portanto, patrimônio adquirido *antes* da prática criminosa apurada não poderá ser objeto de constrição). Igualmente são considerados patrimônio do condenado aqueles bens que tenham sido transferidos a terceiros

gratuitamente ou mediante contraprestação irrisória (totalmente desproporcional), considerando-se igualmente o marco temporal da data da infração criminosa.

Garante-se a possibilidade de o réu condenado demonstrar a total compatibilidade do seu patrimônio ou então a procedência lícita dos valores. Não se trata aqui tecnicamente de inversão probatória, tal como já existe na legislação de lavagem de capitais (art. 4º, § 2º, Lei nº 9.613), e sim de uma certa "presunção" de ilicitude, amparada no desnível entre o patrimônio real e o declarado. Não se pode deixar de considerar ainda que, para a decretação dessa perda, seja imprescindível a existência de prévio requerimento do Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia (para possibilitar o exercício do contraditório e ampla defesa), indicando-se o valor da diferença apurada e os bens sobre os quais deve incidir o gravame complementar.

No § 5º do art. 91-A do CP, há obrigatoriedade de que os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal: se na Justiça Federal, para a União; se na Justiça Estadual, para a respectiva unidade da federação.

Por fim, nos termos do acrescido inciso VI ao art. 3º da Lei nº 13.756/2018 pela Lei nº 13.964/2019, constituirão recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP aqueles valores que forem confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal (o inciso VII acresce ainda os valores correspondentes das *fianças* quebradas ou perdidas). Destacamos que se os valores apreendidos ou confiscados forem decorrentes de prática de crimes previstos na Lei Antidrogas, há que se observar, dentre outros, o art. 63-E da Lei nº 11.343, conforme redação da Lei nº 13.886, de 2019.

Outra novidade é a possibilidade de destinação de obras de arte ou outros bens de relevante valor cultural ou artístico a *museus públicos*.

Cumpre registrar, ainda, o sequestro previsto no Decreto-lei nº 3.240/41, para satisfação de débito oriundo de crime contra a Fazenda Pública. Entre as

particularidades da medida prevista no referido Decreto-lei, tem-se a não exigência de tratar-se de bens decorrentes da prática criminosa para a obtenção da cautela, sendo, por isso, irrelevante a origem dos bens que sofrerão a constrição (ao contrário do sequestro previsto no art. 125, do CPP). Para a decretação da medida, basta a existência de prova ou indício de algum crime perpetrado contra a Fazenda Pública e que tenha resultado, em vista de seu cometimento, locupletamento (ilícito, por certo) para o acusado. Nesse sentido, não importa se tais bens foram adquiridos antes ou depois da prática criminosa; se são, ou não, produto do crime, bem como se foram, ou não, adquiridos com proventos da infração, e ainda, se são bens móveis ou imóveis.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça entende que o referido Decreto é norma especial em relação ao art. 125, do Código de Processo Penal, não tendo sido por ele revogado, já que constitui específico meio acautelatório de ressarcimento da Fazenda Pública, em relação a crimes contra ela praticados:

"A TEOR DE ORIENTAÇÃO JÁ FIRMADA NA SEXTA TURMA DO STJ, NÃO ESTÁ REVOGADO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, O DECRETO-LEI Nº 3.240, DE 1941, NO PONTO EM QUE DISC O SEQUESTRO DE BENS DE PESSOA INDICIADA POR CRIME DE QUE RESULTA PREJUÍZO A FAZENDA PÚBLICA" (STJ, REsp nº 132539/SC, Rel. William Patterson, *DJ* de 9.2.1998). Nesse mesmo sentido: STJ, REsp nº 149.116/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 17.6.2002.

8.5.2 Especialização de hipoteca

Ao contrário do sequestro, que incide diretamente sobre o bem *litigioso*, e no qual a litigiosidade é revelada pela possibilidade de ter sido ele adquirido com proventos da infração, a hipoteca legal sobre imóveis do acusado independe da origem ou da fonte de aquisição da propriedade. Trata-se de medida cujo único objetivo é garantir a solvabilidade do devedor, na liquidação de obrigação ou responsabilidade civil decorrente de infração penal.

Por isso, a especialização (inscrição) de hipoteca haverá de ser requerida pelo ofendido (privado ou público), podendo ser feita em qualquer fase do processo, desde que presentes a certeza do fato criminoso (materialidade) e indícios suficientes de autoria.

A nosso aviso, a simples referência a *indícios de autoria* e *certeza da infração* indica que a medida poderá ser tomada mesmo antes da ação penal, pois, uma vez recebida a denúncia ou queixa, a existência dos indícios já estaria implícita. O fato de não haver previsão de prazo para a instauração da ação (como há no sequestro) não impressiona, uma vez que *ali* a medida poderá atingir até mesmo quem não tem qualquer relação com o fato criminoso, o que não ocorre em relação à hipoteca.

Observe-se que para a decretação do sequestro a exigência era de indícios veementes da *proveniência ilícita* do bem, sem a necessidade da mesma constatação em relação à *autoria*. A razão de semelhante distinção é muito simples: enquanto o sequestro dirige-se *à coisa litigiosa*, que poderá pertencer até mesmo a terceiros, estranhos ao crime, a hipoteca tem como alvo unicamente o patrimônio do suposto autor do fato criminoso, em atenção à sua responsabilidade civil. E por isso poderá recair sobre *quaisquer* imóveis, desde que suficientes para garantir a futura recomposição patrimonial dos danos, bem com o pagamento das custas e despesas processuais.

O ofendido deverá estimar o valor aproximado da responsabilidade civil, o que poderá ser feito pelos meios probatórios e pelos indicativos técnicos disponíveis, e apontará o imóvel de valor correspondente, para fins de hipoteca.

Caberá ao juiz, após prévia e rápida instrução, arbitrar o valor provisório da futura e possível responsabilidade civil, bem como determinar a avaliação do imóvel indicado, valendo-se, para tanto, da atuação de perito por ele nomeado ou avaliador judicial, onde houver. O imóvel, porém, não será levado à inscrição se o acusado oferecer caução equivalente e idônea (art. 135, § 6º).

Se a sentença final for condenatória, uma vez passada em julgado, os autos da hipoteca serão encaminhados ao juízo cível, para a liquidação da execução (art. 143, CPP).

Sobrevindo decisão absolutória ou extintiva da punibilidade, a consequência será a mesma daquela relativa ao sequestro: o cancelamento da hipoteca, valendo aqui as mesmas observações feitas anteriormente quanto à possibilidade de utilização do juízo cível para ajuizamento da ação civil *ex delicto*.

8.5.3 Arresto

Como já estudamos, o sequestro incide sobre a coisa litigiosa, e não sobre o patrimônio geral do devedor, caso específico de hipoteca e de arresto.

A Lei nº 11.435/06, como já vimos, veio corrigir antigo defeito *técnico* do CPP, fazendo constar expressamente como hipóteses de *arresto* e não mais de *sequestro* a retenção de coisa *não litigiosa*. A primeira refere-se ao *arresto prévio* de bem imóvel, como medida preparatória da inscrição de hipoteca, conforme estabelece o art. 136 do CPP. A medida será revogada se, em 15 dias, não for inscrita a hipoteca.

A segunda diz respeito ao *arresto* de bens móveis, quando também suscetíveis de penhora, e desde que o acusado não possua bens imóveis, ou, possuindo-os, sejam eles insuficientes para a satisfação da responsabilidade civil. Tratando-se de coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, deverão ser avaliadas e levadas a leilão, com o posterior depósito judicial do valor apurado, tudo na forma do previsto no § 5º do art. 120 do CPP (art. 137, § 1º).

Enquanto no sequestro propriamente dito (aquele do art. 125, relativo ao bem imóvel adquirido com os proventos da infração), uma vez passada em julgado a sentença condenatória, os bens são levados à praça, exatamente por constituírem proveito da conduta criminosa (estando, assim, sujeitos *à pena de perdimento*), na hipótese de hipoteca, como visto, e do *arresto*, condenado definitivamente o acusado, o incidente é remetido à instância civil, para a apuração da respectiva responsabilidade.

8.5.4 Medidas assecuratórias previstas na lavagem de dinhe e ativos (Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12)

A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que cuida dos crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores, prevê expressamente a possibilidade da adoção de determinadas medidas coercitivas sobre o patrimônio, adotando a mesma

denominação utilizada pelo Código de Processo Penal: medidas *assecuratórias*.

No particular, a Lei nº 12.683/12, já em vigor, promove várias alterações na aludida legislação, com ampla regulamentação da matéria atinente às medidas assecuratórias, ressalvando, contudo, as normas específicas contidas na legislação de drogas (Lei nº 11.343/06).

O estudo de ambas as leis será feito em separado, por ocasião do exame de cada procedimento, junto às demais disposições. Ver, então, itens 14.7.4. *f* e 14.7.9.

8.5.5 Da alienação antecipada de bens arrestados, hipotecad ou objeto de sequestro – Lei nº 12.694/12

A Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, com vigência prevista para o dia 23 de outubro do mesmo ano, além de prever a possibilidade da instituição de Colegiados em primeiro grau para o processo (e não para a investigação) de crimes praticados por organizações criminosas, bem como de diversas outras medidas de proteção aos agentes da persecução penal que se vejam ameaçados ou em situação de risco pessoal ou a seus familiares, cuidou de introduzir relevantes alterações na disciplina geral das medidas assecuratórias, com a inserção do art. 144-A no Código de Processo Penal. Embora as mudanças tenham sido veiculadas em legislação específica sobre organizações criminosas, fato é que se cuidam de normas gerais, aplicáveis a todos os procedimentos. Não por outra razão, sua posição topográfica repousa na legislação codificada (art. 144-A, CPP).

O aludido dispositivo (art. 144-A, CPP) prevê a alienação antecipada quando os bens estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou, ainda, quando houver dificuldade para a sua manutenção.

No entanto, há que se ter redobradas cautelas para a aplicação da alienação antecipada dos bens, sobretudo na hipótese de *dificuldade para a sua manutenção*! Ora, se o Estado não tem condições de manter regularmente apreendido o bem objeto de arresto ou de especialização de hipoteca (ou sequestro, como vimos), melhor que, primeiro, transfira a responsabilidade para a parte interessada, se ela tiver condições.

Se não for também possível, que se promova o gravame da indisponibilidade do bem, até a solução definitiva da questão, não se devendo descartar a designação de fiel depositário.

Já quando o risco for de deterioração ou de depreciação, os inconvenientes, inevitáveis, é certo, poderão ser contornados pelo controle efetivo da regularidade na avaliação de seu valor, de modo a evitar prejuízo ao proprietário e também às vítimas da infração penal, credores da responsabilidade civil.

De outro lado, de se observar que as medidas assecuratórias previstas no art. 144, CPP, se referem à garantia de recomposição patrimonial dos danos causados pela infração penal, incidindo sobre bens de natureza *lícita* do devedor (arresto e hipoteca legal). Do mesmo modo, a regra do art. 144-A, CPP, deverá seguir o mesmo caminho, não se referindo, em princípio, aos bens sequestrados (de origem ilícita). Pode-se até admitir a aplicação do dispositivo (alienação antecipada) nos casos de bens sequestrados, sobretudo quando se tratar de risco de *perecimento ou desvalorização* do bem. No entanto, e a fim de se preservarem os direitos de terceiros de boa-fé, a regra não deverá ser aplicável quando houver a oposição de embargos ao sequestro (art. 130, CPP).

Feitas tais considerações, a alienação será feita por *leilão*, respeitado o valor mínimo de 80% do quanto estipulado em avaliação judicial. De notar-se que, em se tratando de bem *imóvel*, o mais correto seria falar-se em praça e não em leilão. No entanto, o legislador é senhor até mesmo dos conceitos jurídicos.

O produto da alienação ficará à disposição do juízo até a decisão final.

Diz a lei, art. 144-A, CPP, que, no caso de condenação, o produto da alienação será convertido em renda da União, Estados ou Distrito Federal (§ 3º). Na hipótese de absolvição, o valor seria devolvido ao acusado, evidentemente.

Não há de ser bem assim! As medidas assecuratórias relativas ao arresto e à hipoteca, ao contrário do que sucede com o *sequestro* (produto ou proveito do crime), visam tutelar, repita-se, os interesses das vítimas de infrações penais, de modo a garantir o ressarcimento pelos danos causados pelo delito (danos materiais e morais).

Assim, somente quando a União, Estado ou Distrito Federal forem os ofendidos pela infração é que se poderá pensar na reversão a eles do produto da infração penal. Ademais, há leis específicas cuidando de outras hipóteses, tal como ocorre com a Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas) e Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro). No caso de sequestro, impõe-se a regra do art. 133, parágrafo único, CPP, já que referido a bens que constituem produtos ou proveitos da infração penal.

Em se tratando de alienação de veículos, embarcações e aeronaves, o adquirente ficará isento do pagamento de multas, encargos e tributos incidentes sobre a coisa, sem prejuízo da execução fiscal contra o proprietário devedor.

8.6 Do incidente de falsidade

Entre todos os processos incidentes, talvez o de menor expressão seja o denominado incidente de falsidade. Aliás, estimamos tratar-se de expediente perfeitamente dispensável.

Cuida-se da possibilidade de arguição de falsidade de documento constante dos autos, regulada nos arts. 145 a 148 do CPP.

Por óbvio, o documento aqui mencionado não é aquele que constitui o objeto material do delito, mas quaisquer outros que possam interferir na apreciação da imputação penal. Ao contrário, o documento que constitui o próprio objeto material do delito, tal como ocorre em relação aos crimes previstos no art. 297 (falsificação de documento público), art. 298 (falsificação de documento particular), art. 299 (falsidade ideológica), bem como todos os tipos penais específicos dos arts. 300 a 305 do CP, deve, necessariamente, ser periciado, independentemente da arguição por parte da defesa, para fins de comprovação da existência do crime, não como *incidente*, mas como questão *principal*, ligada à própria *materialidade* do delito.

É exatamente por isso que se pode aceitar a eventual aplicação do disposto no art. 145, IV, em que se afirma que, "*[...] se reconhecida a falsidade por decisão irrecorrível, [o juiz] mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público*". Ora, se pudesse estar aqui se

referindo ao documento objeto material do delito, a questão somente seria resolvida com o julgamento final da ação penal, e nunca de modo incidental.

A inutilidade de tal modalidade de incidente vem atestada no art. 148, com a afirmação no sentido de que, qualquer que seja a decisão, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil. Como se observa, não é uma questão *prejudicial*. Assim, comprovada a falsidade do documento, quando proposta nova ação pelo Ministério Público, tendo por objeto a citada falsidade documental, toda a matéria poderá ser rediscutida, do que poderá resultar até mesmo sentença absolutória, com fundamento na idoneidade e na veracidade do documento. Nesta hipótese, se favorável à defesa, esta decisão poderá influir na anterior ação penal, mesmo se já transitada em julgado a sentença condenatória, ensejando, então, o manejo da ação de revisão criminal prevista no art. 621, II e III, do CPP.

Como não poderia ser de outro modo, em face da ampla iniciativa probatória que se defere ao juiz no processo penal brasileiro, a verificação da falsidade poderá ser feita de ofício (art. 147), exigindo, ainda, poderes especiais para a arguição feita por procurador (art. 146).

8.7 Da insanidade mental do acusado

Por fim, o derradeiro processo incidente cuida da possibilidade de constatação, tanto na fase investigatória quanto no curso da ação penal, de eventual moléstia mental do acusado ou indiciado, a ser resolvida em procedimento apartado, para não prejudicar o andamento da persecução penal.

O incidente somente será instaurado diante de dúvida séria e fundada sobre as condições mentais do acusado, podendo fazê-lo o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor ou curador do acusado, bem como de seu ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 149). Na fase de inquérito, o requerimento poderá ser feito pela autoridade policial.

Entendemos que o rol de legitimados anteriormente mencionado não é (nem pode ser) taxativo, diante do evidente e eminente interesse público na apuração de tal

questão. Por isso, parece-nos perfeitamente possível que qualquer pessoa interessada, sobretudo aquelas sob cujos cuidados ou guarda (ainda que informal) esteja o acusado (ou indiciado), está autorizada a provocar a instauração do incidente de insanidade mental.

Das conclusões do laudo médico-pericial, a ser realizado no prazo de 45 dias, prorrogáveis quando necessário, duas soluções poderão ser adotadas, a saber:

a) constatado que o acusado (ou indiciado) já era *inimputável* (art. 26, CP) *ao tempo da infração*, o processo terá seu curso normal, nomeando-se-lhe curador;
b) se comprovado, porém, que o acometimento da doença é posterior à infração penal, se já em curso ação penal, o processo continuará suspenso (suspensão anteriormente decretada com base no art. 149, § 2º, CPP) até o restabelecimento do acusado, sem prejuízo da realização dos atos reputados urgentes (art. 152).

Explica-se: na primeira hipótese, o provimento final da ação penal será a imposição de medida de segurança (arts. 96 e seguintes, CP), por se tratar de fato praticado por inimputável.

No caso de moléstia superveniente (art. 152, CPP), a suspensão do processo justifica-se em atenção aos princípios da ampla defesa, a reclamar a sua efetiva participação no feito. Nessa hipótese, não deverá ter curso o prazo prescricional, embora o dispositivo assim não determine. A prescrição penal se encontra diretamente associada à inércia estatal, ou, quando nada, ao controle das atividades persecutórias. Não se pode compreender o curso do prazo prescricional nos casos em que a própria legislação impede a ação persecutória, de que é exemplo o disposto no art. 116, I, CP (causa impeditiva da prescrição). O princípio da legalidade, como qualquer outro princípio de direito, pode também ser flexibilizado, desde que e quando em tensão com outros, de igual envergadura normativa. Naturalmente, do ponto de vista prático, isso poderá implicar o completo esvaziamento do processo, a depender do tempo de sua paralisação.

Entretanto, a norma que estabelece a paralisação do processo até o completo restabelecimento do acusado deve ser interpretada em conformidade com o princípio da inocência, que veda a adoção de quaisquer medidas que impliquem antecipação de culpa ou dos resultados finais do processo.

Assim, do mesmo modo que em relação ao acusado sadio não se poderá determinar a privação de sua liberdade a não ser com fundamentação em razões de natureza cautelar, também aqui não será possível o internamento do acusado, sem maiores considerações, tal como se encontra disposto no art. 152, § 1º, do CPP.

É preciso ter sempre em conta que a privação da liberdade daquele submetido a processo penal ainda não sentenciado definitivamente, isto é, com decisão passada em julgado, será sempre uma custódia (recolhimento a estabelecimento prisional ou mesmo hospital, no caso do inimputável) do *inocente*, a exigir, portanto, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme dispõe o art. 5º, LXI, da CF.

Tratando-se de inimputável, sujeito, então, à internação, como assinalado no mencionado § 1º do art. 152, a questão é ainda mais complexa, uma vez que não existe *prazo* certo para a privação da liberdade, tudo a depender da recuperação mental do acusado.

Por isso, pela impossibilidade de se poder adotar qualquer tipo de critério hermenêutico que permita viabilizar a aplicação simultânea da referida norma de internação (por tempo indeterminado) e do princípio constitucional da inocência, precisamente em razão da *indeterminação temporal*, somos pela revogação do citado art. 152, § 1º, configurador de verdadeira antecipação dos resultados finais de uma ação penal condenatória.

Merece registro, ainda, decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.802.845-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior) no sentido de que o reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu depende da prévia instauração do incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal, ou seja, não pode o magistrado dispensar este incidente e depois reconhecer a inimputabilidade/semi-

imputabilidade do acusado.

CAPÍTULO 9

Da Prova

9.1 Teoria da prova

Normalmente, a doutrina refere-se a uma *teoria geral da prova* para introduzir o tema relativo à prova no processo penal. A nosso juízo, uma teoria acerca de qualquer objeto de investigação científica haverá de ser sempre *geral*, no sentido de examinar *integralmente* o conteúdo e a essência daquele objeto. Por isso, o exame, se for rigoroso, há de ter a pretensão de ser também geral. Daí a desnecessidade da referência ao aludido predicado, com o que ficaremos apenas com a expressão *teoria da prova*, para indicar o estudo dos princípios e regras aplicáveis ao tema, sem adentrar, ainda, a análise dos *meios de prova*.

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que

o acusado se submetia a determinada provação física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova.

Tourinho Filho cita os seguintes exemplos do sistema *ordálico*: "*Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...] A do ferro em brasa: o pretenso culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta [...]*" (1992, v. 3, p. 216).

De uma verdade inicialmente revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração, o Direito, em geral, e, mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos. Ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma não bem definida *segurança pública*, ora com a atenção também dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando este passou a ocupar a posição de sujeito de direitos *no processo*, e não de *objeto do* processo.

Por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do *fato delituoso*), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. Monopolizada a jurisdição, com a rejeição de qualquer forma de solução privada e unilateral dos conflitos (sociais, coletivos ou individuais), impõe-se a atuação do Direito, sempre que presente uma *questão penal*, entendendo-se por essa a prática de determinada conduta, por alguém, definida em Lei como crime, porque suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido.

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra,

jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal.

Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da *inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente*.

O exame acerca dos meios de prova disponíveis, bem como da idoneidade e da capacidade de produção de certeza que cada um deles pode oferecer, deve ser precedido da identificação dos princípios e das regras gerais a eles aplicáveis.

a) Contraditório e ampla defesa

Conforme adiantado por ocasião do exame dos princípios fundamentais do processo penal, a abordagem a ser feita aqui destina-se mais à contextualização do tema, no âmbito da teoria da prova, que propriamente a uma *nova afirmação* dos fundamentos dos citados princípios.

A referência feita aqui é mais para destacar a enorme importância que ocupam no cenário temático das provas, em que dão o tom da efetiva participação do réu na formação do convencimento judicial e, assim, na construção do provimento final de mérito.

Lembraremos apenas que o contraditório, cuja compreensão até a década de 1970 limitava-se à garantia de participação das partes no processo, com o direito à informação oportuna de toda prova ou alegação feita nos autos, bem como a possibilidade de reação a elas, passou, com a doutrina do italiano Elio Fazzalari, a incluir também o critério de *igualdade* ou da *par conditio* (paridade de armas), no sentido de que a participação, então garantida, se fizesse em *simétrica paridade*.

Com a ampla defesa, ou com o princípio da ampla defesa, a participação do acusado no processo penal completa-se (e agiganta-se), pois passa a ser exigida não

só a garantia de participação, mas *a efetiva participação*, assegurando que o réu tenha uma efetiva contribuição no resultado final do processo.

Daí que a ampla defesa abranja a *defesa técnica*, com a exigência de defensor devidamente habilitado nos quadros da OAB para todos os atos do processo, incluindo o *interrogatório* (art. 185); a *autodefesa*, manifestada sobretudo neste último ato processual (interrogatório), mas abarcando toda a atividade desenvolvida em prol dos interesses defensivos; a defesa *efetiva*, exigindo não só a garantia de participação, mas a *efetiva* participação, não se admitindo a ausência de manifestação da defesa nos momentos processuais mais relevantes, como é o caso das *alegações finais*, que já mencionamos no estudo dos princípios fundamentais.

E, por fim, é de se registrar, mais uma vez, que a ampla defesa autoriza até mesmo o ingresso de provas obtidas ilicitamente, desde que, é claro, favoráveis à defesa. E nem poderia ser de outro modo. Primeiro, porque, quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão da ilicitude, presente, pois, uma das causas de justificação: o estado de necessidade. Mas mesmo quando a prova for obtida por terceiros sem o conhecimento da necessidade, ou mesmo sem a *existência* da necessidade (porque ainda não iniciada a persecução penal, por exemplo), ela poderá ser validamente aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua obtenção. E assim é porque o seu não aproveitamento, fundado na ilicitude, ou seja, com a finalidade de proteção do *direito*, constituiria um insuperável paradoxo: a condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, seria, sob quaisquer aspectos, uma violação abominável ao *Direito*, ainda que justificada pela finalidade originária de sua proteção (do Direito).

Note-se que a equação em relação ao aproveitamento da prova para a acusação (que, segundo pensamos, em casos excepcionalíssimos, poderia até ocorrer) é significativamente distinta: a inadmissibilidade da prova ilícita é dirigida ao Estado (produtor da prova, como regra) exatamente para a proteção dos direitos individuais de quem pode, em tese, ser atingido pela atividade investigatória. Assim, produzida a

ilicitude, o não aproveitamento da prova para a acusação atuaria *preventivamente* na *preservação* potencial dos apontados direitos individuais. O fato dessa prova, assim obtida, não poder *favorecer* a acusação mantém a *efetividade* da norma constitucional, ainda que a *mesma prova* possa ser utilizada para demonstrar a inocência de quem estiver sendo ou for submetido à persecução penal. Pode-se reconhecer (e o Direito assim o faz) a necessidade para a defesa, mas não para a acusação.

Diríamos, assim, que o contraditório e a ampla defesa constituem a base da estrutura do devido processo legal, em que, ao lado do princípio da inocência, autorizam a afirmação no sentido de ser o processo penal um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado.

Dignas de nota e de aplausos as modificações do art. 306, do CPP, primeiro com a Lei nº 11.449/07, e, depois, com a Lei nº 12.403/11. Embora o texto atual do citado art. 306 não determine expressamente a comunicação imediata de toda prisão (prazo máximo de 24 horas) à Defensoria Pública, fato é que o § 1º do mesmo art. 306 estabelece o dever de encaminhamento a ela (DP), em até vinte e quatro horas, de cópia do auto de prisão em flagrante, caso o autuado não indique advogado. Não bastasse, é bem de ver que o atual art. 289-A, § 4º, CPP, impõe a necessidade de comunicação imediata da prisão à Defensoria, sempre que o aprisionado não indicar advogado.

A se criticar, no ponto, a exclusão do Ministério Público para fins de encaminhamento de cópias do auto de prisão em flagrante. O parágrafo único do citado art. 306 estabelece a necessidade do encaminhamento de cópias apenas ao juiz e à Defensoria Pública. Ora, ao *parquet* cabe, institucionalmente, a defesa da ordem jurídica, o que inclui o controle de legalidade dos atos prisionais.

b) Princípio da identidade física do juiz

Enfim, o nosso Código de Processo Penal, depois de quase setenta anos, passou a incorporar a regra (ou princípio) da identidade física do juiz, ao dispor, por força da Lei nº 11.719/08, que "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença" (art.

399, § 2º, CPP).

A medida é importantíssima, já que a coleta pessoal da prova, isto é, o contato imediato com os depoimentos, seja das testemunhas, seja também do ofendido e do acusado, parece-nos de grande significado para a formação do convencimento judicial.

Como se sabe, o provimento judicial final deve demonstrar sempre um juízo de certeza, quando condenatória a sentença. E essa, a certeza, de tão difícil obtenção, deve cercar-se das maiores cautelas. Daí a exigência de o juiz da instrução ser o mesmo da sentença alinha-se com um modelo processual que valoriza o livre convencimento motivado e da persuasão racional, dado que se põe como a mediação (da prova para a sentença) para a formação da convicção do magistrado.

A atual legislação, modificativa do Código de Processo Penal, Lei nº 11.719/08, limitou-se a consignar que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença (art. 399, § 2º, CPP).

A medida é salutar, no ponto em que afirma, como princípio, a vinculação do juiz da instrução ao provimento final do processo, estabelecendo, com isso, uma regra de *prioridade* quanto ao *conhecimento* e à *apreciação* do material probatório produzido na instrução. Estará mais bem instrumentalizado para julgar aquele que participou ou que acompanhou a produção da prova pelas partes.

Referido princípio da identidade física esteve presente por muito tempo em nossa legislação processual civil, tendo sido revogado, porém, com o atual CPC, vigente a partir de março do ano de 2016.

Algumas questões, antes solucionadas pelo revogado CPC (art. 132), penderão sem a previsão expressa das respectivas soluções. Exemplo: quando em férias o magistrado que instruiu o processo penal, dever-se-á aguardar o seu retorno para o julgamento da ação penal? E se houver réu preso?

Pensamos que as respostas haverão de ser encontradas em outros princípios, igualmente relevantes no processo, tal como aquele que consagra a *duração razoável do processo*, a impedir a sua paralisação ou o seu *imobilismo* por ausência de

regulação legal específica.

Tratando-se de réu preso, então, a resposta é até bem simples: caberá ao substituto legal sentenciar, no prazo previsto em Lei.

E pensamos que a mesma solução deverá ser dada aos demais casos de afastamentos temporários do magistrado que instruiu o processo. Do contrário, e exatamente pela ausência de *exceções legais* ao princípio da identidade física, ressalvada a situação óbvia da *aposentadoria* do juiz, a ação penal restará sempre paralisada nos demais casos de quaisquer afastamentos do juiz.

De igual modo, a remoção ou a promoção do juiz para outra jurisdição deverá ser suficiente para o afastamento do princípio da identidade física do juiz, ressalvando-se, sempre, ao substituto legal, a possibilidade de *renovação da prova*, para a formação do seu convencimento.

Mas não só em relação ao proveito no julgamento atua o princípio da identidade física do juiz.

Também no campo da competência jurisdicional, atinente àquela de natureza territorial, ou seja, a competência relativa, a identidade do juiz produzirá bons frutos, especificamente no que diz respeito à regra da *perpetuatio jurisdicionis*, como, aliás, tivemos oportunidade de apontar, em capítulo próprio.

9.1.1 O mito e o dogma da verdade real

Toda questão relativa aos métodos de prova em processo penal passa, necessariamente, pelo exame da espécie do modelo processual adotado, no que se refere à definição das funções investigatórias e acusatórias, bem como da fixação e da distribuição dos ônus processuais às partes.

O nosso atual modelo, cujo perfil se consolidou somente a partir da vigência da ordem constitucional instaurada em 1988, aproxima-se muito mais de um sistema de feição acusatória que de prevalência inquisitorial.

Não era este, porém, o perfil traçado pelo Código de Processo Penal de 1941, en

que se permitia a iniciativa acusatória ao próprio juiz, além de se reservar a este amplos poderes probatórios, inclusive como atividade substitutiva da atuação do Ministério Público, conforme veremos neste capítulo.

Entretanto, o sistema de garantias individuais instituído no art. 5º da CF, integrado ainda pelos diversos documentos internacionais afirmativos de direitos e das apontadas garantias, caso do conhecido Pacto de San José da Costa Rica, permite um redimensionamento do modelo construído no Código de Processo Penal, em bases completamente distintas.

O chamado princípio da *verdade real* rendeu (e ainda rende) inúmeros frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, geralmente sob o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal. A gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil.

Não iremos muito longe. A busca da *verdade real*, durante muito tempo, comandou a instalação de práticas *probatórias* as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.

O aludido princípio, batizado como da *verdade real*, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial *supletiva* e *substitutiva* da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos *autorizava*, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de *convicção* e de *atuação*, do juiz, impedem-no.

Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente *jurídica*.

De fato, embora utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza.

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 341, CPC/2015), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade *formal*, porque decorrente de uma *presunção legal*), exigindo-se a *materialização* da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade *material*.

E mais. Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade *real*, pois que esta diz respeito à realidade *do já ocorrido*, da realidade *histórica*, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa.

Como vimos, a atual configuração do processo penal brasileiro não *deve* guardar mais qualquer identidade com semelhante postura inquisitorial, impondo-se o redimensionamento de vários institutos ligados à produção da prova, sobretudo no que respeita à iniciativa probatória do juiz. Esta, e aqui já o afirmamos, não deve constituir-se em atividade *supletiva* dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao órgão da acusação.

De uma maneira ou outra, no entanto, a verdade *material* continua sendo um princípio processual relevantíssimo em tema de prova, sobretudo quando manejado para a exclusão de determinados meios de prova.

9.1.2 A distribuição do ônus da prova e a iniciativa probatóri do juiz

Em um processo informado pelo contraditório e pela igualdade das partes, a distribuição dos ônus probatórios deveria seguir as mesmas linhas de isonomia.

Entretanto, o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas.

Afirmar que *ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá *provar* a *existência de um crime*, bem como a sua *autoria*.

Há já aqui uma questão. Afirmar que cabe à acusação a prova da existência do crime significaria dizer que deve o Ministério Público (ou o querelante) comprovar a presença de todos os elementos que integram o conceito analítico de crime, ou seja, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade? Veremos que não. E veremos também que o Direito Processual Penal, como acontece com todo o Direito, trabalha com *presunções legais*.

Em primeiro lugar, impende salientar que os exames da *tipicidade* e da *ilicitude* do fato não dizem respeito à matéria de prova. Cuida-se, ao contrário, de mero juízo de abstração, de valoração do fato (existente ou não) *em relação à norma penal*. Sobre tais questões não se produz prova, no sentido de sua *materialização*, mas, unicamente, emite-se juízo de valor, no plano abstrato das ideias.

Em relação especificamente à prova da existência do dolo, bem como de alguns elementos subjetivos do *injusto* (elementos subjetivos do tipo, já impregnado pela ilicitude), é preciso uma boa dose de cautela. E isso ocorre porque a matéria localiza-

se no mundo das *intenções*, em que não é possível uma abordagem mais segura.

Por isso, a prova do dolo (também chamado de dolo *genérico*) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo *específico*) são aferidas pela via do conhecimento *dedutivo*, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. É a via da racionalidade. Assim, quem desfere três tiros na direção de alguém, em regra, quer produzir ou aceita o risco de produzir o resultado morte. Não se irá cogitar, em princípio, de conduta *imprudente* ou de conduta *negligente*, que caracterizam o delito culposo.

Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de *indícios*, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de *dedução*), concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias (art. 239). Sobre o tema, ver item 9.2.9.

Quanto à culpabilidade e, mais particularmente, em relação à *imputabilidade* do agente, isto é, de sua responsabilidade penal, a questão pode até exigir prova, qual seja, a de *maioridade penal* (18 anos), ou da capacidade mental do autor do fato.

Entretanto, não se exige que a acusação, em todas as ações penais, faça prova de se tratar de acusado *capaz* e mentalmente são. Parte-se da presunção *legal* de que as pessoas maiores de idade, até prova em contrário, sejam efetivamente capazes. Por isso, como veremos, até a citação do incapaz, de cuja incapacidade não se tem ainda notícia, é feita pessoalmente. Havendo, porém, quaisquer indícios de se tratar de acusado portador de alguma enfermidade, deverá o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado (art. 149, CPP), requerer o exame de insanidade mental.

Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à *materialidade* do fato (sua existência) e de sua *autoria*, não se impondo o ônus de demonstrar a *inexistência* de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual "*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*".

Não é o caso, contudo, da atual redação do art. 156, I, CPP, dada pela Lei nº 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, *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*. O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade é patente.

O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (arts. 395 e 396, CPP). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal.

É por isso que se instituem as chamadas cláusulas da reserva da jurisdição, segundo as quais somente ao juiz se defere o tangenciamento de direitos e garantias individuais, como ocorre, por exemplo, em relação à inviolabilidade do domicílio (mandado de busca e apreensão), da liberdade individual (prisão cautelar), do direito à intimidade e à privacidade (interceptação telefônica e ambiental etc.). Ver art. 5º, XI, XII e LXI, da Constituição da República.

Por isso, nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício, nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que deve ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há de cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição. Basta lembrar, ainda, que o juiz sequer levará em consideração, por ocasião da sentença, as provas ou elementos indiciários colhidos na fase de investigação, consoante se vê, agora do art. 155, CPP, à exceção das provas irrepetíveis (periciais).

Registre-se, mais uma vez, o *acerto* do legislador ao acrescentar o art. 3º-A ao

CPP, a explicitar que são vedadas tanto a iniciativa do juiz na fase de investigação quanto a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Aponte-se, também, o *desacerto* da decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal que suspendeu o dispositivo, valendo-se de fundamentação que tangencia somente as normas referentes ao *juiz das garantias*.

No ponto, merece registro importante julgado do Supremo Tribunal Federal (HC 97.553, 1ª Turma, Rel. Dias Toffoli), no qual se rejeitou a suspeição de magistrado que participara de acordo de *delação premiada*, e, posteriormente, recebera a denúncia. Não se viu aí – corretamente – violação ao sistema acusatório, na medida em que a posição do juiz na fase de investigação se limitara ao exame de legalidade do ajuste.

No entanto, inconstitucional a mais não poder a regra do art. 156, I, CPP, que deverá ter a sua invalidade afirmada na Suprema Corte, como já ocorreu, pelas mesmas razões, no julgamento da ADI nº 1.570, Rel. Min. Maurício Corrêa, em 12.4.2004, relativamente à já revogada Lei nº 9.034/95.

Diz, mais, o art. 156, II, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, que poderá o juiz, de ofício, "*determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante*". Já veremos os limites em que se pode aceitar a medida.

Nesse ponto, o princípio acusatório *imposto* pela Constituição Federal de 1988, no qual foram delimitadas as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público, deverá funcionar como um redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo, em face da *imparcialidade* que deve nortear a atuação judicial.

Quando falamos em imparcialidade, não estamos nos referindo unicamente à ausência de interferências externas que, segundo a lei, podem influir no ânimo do magistrado, como ocorre nos casos legais de impedimento, suspeição ou incompatibilidade, previstos nos arts. 112, 252, 253, 254, todos do CPP.

Falamos, agora, na imparcialidade no que se refere *à atuação concreta do juiz* no processo, de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo, quando, por exemplo, entender *deficiente* a atividade desenvolvida pelo

Ministério Público. O juiz não poderá *desigualar* as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais. Parece ser nesse sentido, também, a posição de Tourinho Filho (1992, v. 3, p. 213).

Poder-se-ia argumentar que tal *limitação* à atividade probatória do juiz seria, teórica e praticamente, impossível. Assim não nos parece, todavia.

Pensamos ser perfeitamente possível construir uma linha divisória entre o que seja *iniciativa probatória* e *iniciativa acusatória* do juiz penal. A iniciativa *acusatória* estará sempre presente quando o juiz, qualquer que seja o argumento declinado, empreenda atividade probatória *de iniciativa* da acusação. E mais: que tal atividade revele-se *substitutiva* ou mesmo *supletiva* daquela que a própria lei impõe, como ônus processual, ao Ministério Público (art. 156, CPP).

Um exemplo, a nosso aviso, é suficiente para demonstrar a possibilidade de se estabelecer um critério *objetivo*, minimamente que seja.

O art. 564, III, *b*, do CPP, prevê como nulidade a falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, quando ainda presentes os vestígios. Acreditamos que, em tal situação, se o Ministério Público *não requerer* a produção da prova técnica, quando exigida, o juiz não poderá fazê-lo à conta do princípio da verdade real, na medida em que ele estaria atuando *em substituição* ao Ministério Público, empreendendo atividade tipicamente acusatória, supletivamente ao órgão estatal responsável pela sua produção.

Se, de um lado, assim deve ocorrer em relação ao ônus probatório imposto à acusação, de outro lado, a recíproca não deve ser verdadeira. Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização *efetiva* da igualdade, no plano material, e não meramente formal. A construção da igualdade *material* passa, necessariamente, como há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre *iguais* e *desiguais*.

E nesse campo nem sequer há divergências: o Estado, no processo penal, atua em posição de superioridade de forças, já que é ele responsável tanto pela fase de investigação quanto pela de persecução em juízo, quanto, finalmente, pela de decisão.

Por mais surpreendente que possa parecer, no processo civil pode-se perfeitamente aceitar uma posição mais atuante do juiz no campo probatório, tendo em vista que, ali, em tese, desenvolvem-se disputas entre partes em condições mais próximas da igualdade. Entretanto, mesmo ali, tratando-se de determinadas relações jurídicas em que a própria lei reconhece a posição de desigualdade com referência a uma delas, como ocorre nos processos relativos à tutela de interesses difusos e coletivos (consumidor, sobretudo), a solução vem na própria legislação, com a inversão do ônus probatório, por exemplo.

Hipótese diferente ocorreria quando a atividade probatória do juiz se destinasse unicamente a resolver *dúvida* sobre ponto relevante, nos exatos termos do art. 156, II, do CPP. Por *dúvida*, que deve se dirigir ao questionamento acerca da qualidade ou da idoneidade da prova, não se pode entender a *ausência* dela (prova), como ocorreria no exemplo anterior. A *dúvida* somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou ideia. No campo probatório, ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sobre o *não produzido*. Assim, é de se admitir a dúvida do juiz apenas sobre *prova produzida*, e não sobre a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória.

Ao leitor que tenha passado despercebido, remete-se ao texto articulado ao início desta obra, no ponto em que cuida do *Sistema Acusatório* (item 1.3), e em que se rejeita a ideia de um juiz inerte.

9.1.3 O livre convencimento motivado e a íntima convicção

Além da questão ligada à iniciativa probatória do juiz, que não deixa de trazer uma certa carga de convencimento, ainda que em *sentido negativo*, isto é, de *não convencimento*, ou de dúvida em relação ao material probatório, assume grande

importância o estudo acerca das *regras de julgamento* no processo penal, no que concerne aos métodos de *valoração das provas*.

Nesse campo, como é óbvio, as atenções são voltadas para a necessidade de se controlar, em maior ou menor escala, a atividade judicante desenvolvida por ocasião do julgamento final.

Dependendo do grau de preocupação com o subjetivismo inerente ao ato de julgar e, daí, com as possíveis arbitrariedades que dele possam resultar, pode-se adotar um modelo ou sistema de julgamento mais ou menos rígido.

9.1.3.1 A prova tarifada ou sistema das provas legais

Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII até o século XVII, o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam *certos meios de prova* para determinados delitos, como também se valorava cada prova *antes do julgamento*. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável.

Embora imbuído de bons propósitos, o aludido sistema revelou-se uma faca de dois gumes. Como, para a obtenção da condenação, era necessária a obtenção de um certo número de pontos, quando não se chegava a esse número, a prova era obtida a partir da tortura, já que essa fazia prova *plena*.

Procurando fugir dos inconvenientes dos dois sistemas anteriores, o da prova legal ou tarifada e o da *inquisitio*, no qual o juiz-acusador formava livremente a sua convicção, sem declinar os caminhos trilhados pelo seu raciocínio e pelo seu espírito, o processo penal moderno caminhou para a elaboração do sistema do *livre convencimento motivado*, ou da *persuasão racional*.

9.1.3.2 O livre convencimento motivado: persuasão

racional

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas.

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.

Em boa hora, o legislador adotou o § 1º do art. 489 do CPC e o transpôs para o CPP (art. 315, § 2º). Assim, atualmente há uma série de requisitos que devem ser preenchidos para que uma decisão possa ser considerada *devidamente fundamentada*.

Como se percebe, o livre convencimento motivado é regra de julgamento, a ser utilizada por ocasião da decisão final, quando se fará a valoração de todo o material probatório levado aos autos.

E essa regra de julgamento é aplicável somente às decisões do juiz singular, não se estendendo aos julgamentos pelo Tribunal do Júri, em que não se impõe aos jurados o dever de fundamentarem as suas respostas aos quesitos. Para o Tribunal do Júri vige o princípio da íntima convicção. Daí nossas reservas pessoais ao Júri.

Nesse passo, esclarecedora a disposição contida na Lei nº 11.690/08, que impede o magistrado de fundamentar a condenação em material colhido unicamente na fase de investigação, ressalvadas as provas antecipadas e não repetíveis (as perícias técnicas). São esses os termos do novo art. 155, CPP: "*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos normativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*."

O texto, entretanto, deixa uma janela perigosamente aberta: a expressão "*exclusivamente*" parece permitir que tais elementos (da investigação) possam subsidiar a condenação, desde que não sejam os únicos. Não aderimos a essa tese, embora aceitemos a interpretação, do ponto de vista gramatical. É certo que, às vezes, a mudança de versão apresentada na polícia, sem qualquer coação, de qualquer ordem, bem poderia ser questionada em juízo, por ocasião do interrogatório, a fim de saber de sua (in)consistência. No entanto, permitir-se, assim, sem maiores esclarecimentos, eventual aproveitamento de quaisquer elementos da investigação para a condenação nos parece medida inteiramente desarrazoada.

De outro lado, põe-se o problema da existência ou não, em nosso ordenamento, de qualquer critério de *especificidade de prova*, ou seja, se a nossa legislação faz alguma opção por determinado meio de prova, em relação a determinada infração penal. É o que veremos a seguir.

9.1.3.3 Hierarquia e especificidade de provas

As provas no processo desempenham uma função muito bem definida, a saber: a reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará a certeza quanto à verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada.

E tratando-se da construção do que deverá ser expressão da verdade judicial, parece-nos perfeitamente possível a exigência de meios de prova específicos para a constatação de determinados fatos. Falar-se-ia, então, na regra da *especificidade* da prova, cuja consequência, entretanto, não seria a existência de uma *hierarquia* de provas.

É preciso estar atento ao fato de que toda restrição a determinados meios de prova deve estar atrelada (e, assim, ser justificada) à proteção de valores reconhecidos pela e positivados na ordem jurídica. As restrições podem ocorrer tanto em relação ao meio da *obtenção da prova*, no ponto em que esse (meio) implicaria a violação de direitos e garantias, quanto em referência ao *grau de convencimento* resultante do meio de prova utilizado.

Quanto às primeiras, existe norma constitucional expressa vedando a admissibilidade de provas obtidas ilicitamente. Norma essa reproduzida no art. 157, CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.690/08. Em relação às segundas, há também normas legais expressas. Não vemos, por isso, qualquer inconveniente na disposição do parágrafo único do art. 155 do CPP, no qual se exige a observância das mesmas restrições à prova, estabelecidas na lei civil, quando se cuidar de matéria relativa ao estado das pessoas.

Do mesmo modo, segundo nos parece, a disposição do art. 564, III,*b*, do CPP, estabelece uma hipótese de *especificidade* de prova, no que concerne ao exame de corpo de delito, *quando a infração deixar vestígios e não tiverem esses desaparecido*.

Lidas nesse contexto, as apontadas restrições ou especificidades funcionariam como verdadeiras garantias do acusado, na medida em que estabelecem critérios específicos quanto ao grau de convencimento e de certeza a ser obtido em relação a determinadas infrações penais.

E não é só: a restrição decorreria de lei, não havendo por que recusá-la ao argumento de incompatibilidade com o sistema do livre convencimento motivado. O livre convencimento há de ter o seu campo de atuação definido na lei, ou seja, o juiz somente é livre na apreciação da prova enquanto prova *válida*, não podendo superar as restrições expressamente declinadas pelo legislador.

Repetimos, todavia, que a existência de certo grau de especificidade quanto ao *meio* de prova não implica a existência de qualquer hierarquia de provas. A hierarquia tem outros pressupostos, fundados na *prevalência* de um em relação a outro, quando ambos forem igualmente *admitidos*.

No caso da regra da especificidade, não haverá hierarquia, por exemplo, entre a prova pericial e a prova testemunhal. O que ocorrerá é que, tratando-se de questão eminentemente *técnica*, e ainda estando presentes os vestígios da infração, a prova testemunhal não será admitida como *suficiente*, por si só, para demonstrar a verdade dos fatos. Não se nega, contudo, *qualquer valor* à prova *não específica*, mas somente não se admite que ela seja a única e bastante para sustentar a ocorrência de um fato ou

de uma circunstância desse fato. Nada mais.

Por seu turno, a hierarquia não existe mesmo. Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, *a priori*, a supremacia de uma prova em relação à outra, sob o fundamento de uma ser *superior* à outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não se há de supor que a prova documental seja *superior* à prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem.

O que ocorre, em relação à prova *técnica*, é que a legislação demonstra maior preocupação quanto à idoneidade da prova, *para o fim a que se destina*. Nossa jurisprudência é farta em reconhecer a inexistência de hierarquia de provas no processo penal, sustentando, em regra, sem maior profundidade, que qualquer meio de prova poderá provar a verdade dos fatos.

Ora, sabemos que isso não ocorre, pelo menos em duas situações, tal como expressamente previstas no Código de Processo Penal. É o caso, como vimos, do art 155, parágrafo único, CPP, em relação à prova de fato relacionado ao estado das pessoas (ou os tribunais aceitariam a prova do casamento pelo depoimento de testemunhas?), bem como do exame de corpo de delito, *quando a infração deixar vestígio e esse não tiver desaparecido*. Não acreditamos, com efeito, que juiz ou tribunal algum profira sentença condenatória pela prática de falsidade material com base unicamente em prova testemunhal, quando houver prova pericial (técnica) concluindo não terem partido do punho do réu os escritos falsificados. O problema aqui não seria com a idoneidade *da testemunha* (no caso concreto) para aferir do falso e da sua autoria, mas com o *método (abstrato) testemunhal de prova* para a aceitação da verdade.

De resto, há também previsão de ressalva quanto à prova de natureza técnica na legislação processual civil, consoante se vê da parte final do disposto no art. 375 do CPC/2015.

9.1.4 Direito e restrições à prova

Como decorrência do princípio e em consequência do exercício da ampla defesa, pode-se afirmar que o réu tem *direito* à prova. Desnecessário afirmar que igual direito assiste ao órgão da acusação, já que o direito do réu à prova tem como pressupostos a existência e o exercício do direito da acusação.

O exercício desse direito à prova se estenderá a todas as suas fases, é dizer: a da *obtenção*, a da *introdução e produção* no processo e, por fim, a da *valoração* da prova, na fase decisória. Aliás, de nada adiantaria o reconhecimento do direito à produção da prova se não se reconhecesse também o direito à sua valoração, por ocasião da decisão final. Todavia, a eventual desconsideração da prova na motivação da sentença, por configurar verdadeiro *error in judicando* (erro de julgamento, e não *error in procedendo* – erro de procedimento), permitirá não a anulação do *decisum*, mas, eventualmente, a sua reforma.

Embora se cuide de *direito*, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, § 1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias.

Consequência ainda do direito à prova, ou o seu reverso, porquanto dirigido ao mau exercício por parte dos órgãos da persecução penal, seria o de *exclusão* das provas obtidas ilicitamente, sobretudo quando se tratar de procedimentos do Tribunal do Júri. É que ali vigora a regra da *íntima convicção*, não se exigindo a motivação das decisões. Com isso, o contato com material probatório ilícito poderia trazer graves consequências na formação do convencimento do jurado. Assim, tais provas deverão ser desentranhadas quanto antes dos autos, antes do ingresso na fase da *valoração*, nos termos do art. 157, CPP (Lei nº 11.690/08).

Quanto à fase de produção da prova, a regra do processo penal é que as provas podem ser produzidas a qualquer tempo, incluindo a fase recursal, e até mesmo em segunda instância (quando dependerão de iniciativa judicial – art. 616, CPP), desde que respeitado, sempre, o contraditório. A exceção, quanto ao tempo apenas, fica por

conta do art. 479 do CPP (Lei nº 11.690/08), no qual se exige a antecedência mínima de três dias antes da instrução em Plenário para a juntada de documentos no procedimento do Tribunal do Júri.

9.1.4.1 A inadmissibilidade das provas ilícitas

Nos termos do art. 5º, LVI, da CF, "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*".

Também o art. 157, *caput*, CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.690/08, reproduz a mesma vedação.

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias.

No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude *do meio* de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de

substâncias químicas (soro da verdade etc.). De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.

Na realidade, o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas oferece inúmeros desdobramentos, não só no âmbito da prova, como também no campo da própria concepção do Direito que haverá de revelar o intérprete, por ocasião da tarefa hermenêutica.

Como já vimos, o espaço probatório no processo penal é (e há mesmo de ser) mais amplo que o do processo civil, em razão da relevância dos interesses que delimitam o seu conteúdo. Entretanto, isso não significa que essa amplitude possa ser traduzida como a admissibilidade de todos os meios de prova, *desde que não estejam expressamente proibidos*.

Não. Na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação *ao meio escolhido*, mas também em relação aos *resultados* que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores.

Em tema de prova, portanto, mesmo quando não houver vedação expressa quanto ao meio, será preciso indagar ainda acerca do resultado da prova, isto é, se os resultados obtidos configuram ou não violação de direitos. E se configurarem, se a violação *foi e se poderia ter sido autorizada*.

E mais. Nos termos do art. 157, *caput*, CPP, as provas obtidas ilicitamente deverão ser *desentranhadas* dos autos, esclarecendo o § 3º do aludido dispositivo legal que a decisão de desentranhamento estará sujeita à preclusão. No entanto, nada se diz acerca do momento processual em que tal ocorrerá.

A nosso juízo, deve o juiz apreciar a ilicitude da prova e o seu consequente

desentranhamento dos autos antes da audiência de instrução criminal, ou seja, após a apresentação de defesa escrita, desde que, é claro, a prova tenha sido juntada em momento anterior. Tratando-se de prova apresentada em audiência, deve o juiz, de imediato, apreciar a questão.

Na primeira hipótese, de exame e decisão de desentranhamento antes da audiência, o recurso cabível será o de recurso em sentido estrito; durante a audiência, o recurso será de apelação se, e somente se, a sentença for proferida em audiência. Nesse caso, não se exigirá a apresentação de dois recursos, mas apenas o de apelação (art. 593, § 4º, CPP). A decisão que não reconhece a ilicitude da prova é irrecorrível, o que não impede seja reapreciada a matéria por ocasião de eventual recurso de apelação ou por meio de ações autônomas de impugnação, a exemplo do *habeas corpus*.

Aliás, é de se ter em mente que, não obstante a previsão de preclusão da decisão de desentranhamento da prova ilícita, a matéria diz respeito à questão de interesse público, indisponível às partes. Por isso, tanto o juiz quanto o tribunal sempre poderão conhecer da matéria quando do julgamento do mérito. A única ressalva fica por conta do Tribunal do Júri. Ali, em que se realiza um julgamento por leigos e sem qualquer necessidade de motivação, não caberá aos jurados o conhecimento da prova desentranhada.

Mas diz mais a Lei (art. 157, § 3º, CPP). Determina-se a inutilização da prova ilícita por decisão judicial, facultado o acompanhamento das partes. Ora, mas se a produção da prova ilícita puder causar danos a terceiros, sejam eles de natureza cível ou penal, como se fará para demonstrar a *materialidade* do ilícito? É preciso ter em mente, então, que a inutilização da prova dependerá da existência (ou não) de possíveis consequências jurídicas ao responsável por sua produção.

Por fim, mencione-se o novo § 5º do art. 157, introduzido pela Lei 13.964/19, cujo efeito se encontra suspenso. Ali se determina que o julgador que tenha tido contato com o conteúdo de provas declaradas inamissíveis restaria *impedido* de proferir sentença ou acórdão. Já expusemos nossa posição a respeito da nova regra no item 8.2.1.1, ao qual remetemos o leitor.

a) As gravações ambientais

Os métodos e meios de prova que frequentemente podem ser questionados quanto à sua licitude atingem o direito à intimidade e/ou à privacidade (art. 5º, X, CF) do acusado ou de terceiros.

Quando alguém mantém alguma espécie de comunicação com outrem, o conteúdo dessa comunicação, em princípio, não diz respeito a quem não seja dela participante, daí por que a ninguém é permitida a sua reprodução, por qualquer meio – eletrônico, eletromagnético, mecânico etc. A conversa, se verbal a comunicação, situa-se no âmbito da privacidade e, por vezes, da intimidade, dos interlocutores.

Não faremos aqui uma distinção mais acentuada entre intimidade e privacidade, porque ambos os direitos podem e devem ser compreendidos pelo *senso comum*, ou seja, pela leitura cujo significado reúna o maior número de intérpretes (ou de pessoas interessadas na sua definição). Apenas como referência, diríamos que a noção de intimidade está mais ligada ao conjunto de convicções, sensações e estados de ânimo pessoais (íntimos) de seu titular, enquanto a privacidade seria o espaço mais adequado ou mais utilizado para a manifestação da intimidade.

Chama-se de gravação ambiental aquela realizada no *meio ambiente*, podendo ser *clandestina*, quando desconhecida por um ou por todos os interlocutores, ou *autorizada*, quando com a ciência e concordância destes ou quando decorrente de ordem judicial.

As gravações clandestinas, em princípio, são ilegais, na medida e quando violarem o direito à privacidade e/ou à intimidade dos interlocutores, razão pela qual, como regra, configuram provas obtidas ilicitamente, pelo que serão inadmissíveis no processo.

É o que ocorrerá em relação às gravações de conversas feitas por meio de gravadores, de câmeras de vídeo, ou por qualquer outro meio, sem a ciência de algum dos interlocutores, já que, ao menos em relação a ele, haverá clandestinidade na captação da comunicação e, assim, violação ao direito. Note-se, nesse caso, uma relevante distinção: o que é ilícito, na verdade, nem é a gravação sem o conhecimento

do interlocutor. Sendo este o destinatário da comunicação, a reprodução da fala, em princípio, não atingiria a intimidade ou privacidade do *falante*. Apenas quando a captação do som (gravação) for revelada a terceiros é que ocorrerá a violação do direito (à privacidade).

Não é incomum encontrar-se, aqui ou acolá, decisões no sentido de distinguir a gravação clandestina feita *por um* dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, daquela realizada por terceiros. Afirma-se que apenas estas últimas seriam ilícitas.

Ora, repetimos: quando um dos interlocutores promove a gravação da conversa *sem o conhecimento do outro*, a ilicitude não ocorrerá, efetivamente, do fato *da gravação*. E isso porque o *conteúdo* da conversa empreendida foi disponibilizado àquele interlocutor; assim, porque conhecedor do conteúdo, não haveria problema na gravação feita por este.

No entanto, quando referido conteúdo for disponibilizado, aí sim, poderá haver a afetação a direitos de terceiros. Nesse caso, embora lícita a gravação, a revelação de seu conteúdo poderia não o ser, afinal, o que ali teria sido dito não se destinava a mais ninguém, pois realizada no âmbito da intimidade dos interessados.

Observa-se, pois, que o que irá determinar a ilicitude da prova (gravação ou revelação do conteúdo) não é o fato de ter sido realizada por terceiros ou por um dos interlocutores. Ao contrário, será o conteúdo então revelado que poderá afetar a intimidade dos interlocutores (em quaisquer situações). Evidentemente, a gravação clandestina feita por terceiros já é, ela mesma, ilícita; não só a gravação, mas também a *escuta* (pessoal) da conversa sem a autorização dos interlocutores, ainda que por ele não fosse gravada. Mas, repita-se: a revelação do conteúdo de uma conversa privada (pela gravação clandestina) pode também violar a intimidade do interlocutor que desconhecia a gravação.

Então, para que seja válida a revelação da gravação feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, é necessário que esteja presente situação de relevância jurídica a que poderíamos chamar de *justa causa*, conforme se vê, por exemplo, no art. 153 do CP, no qual se estabelece ser crime a divulgação de conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou

detentor, *sem justa causa*.

A *justa* causa aqui referida diz respeito a uma motivação que possa validamente ser reconhecida pelo Direito, como é o caso, por exemplo, do estado de necessidade, como causa de *justificação da conduta* tipificada penalmente. Justa causa poderá ocorrer, assim, quando a revelação do conteúdo se destinar a provar fato cuja existência seja relevante para a defesa de direito daquele que promoveu a gravação. Não só de Direito *Penal*, como seria o caso de possível descobrimento da autoria do crime, mas de todo o Direito.

Exemplo do que vem a se sustentar pode ser encontrado no julgamento do RHC nº 12.266/SP (STJ – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 20.10.2003), tendo por objeto prova decorrente de gravação telefônica pela vítima de crime.

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal segue a mesma trilha: STF - RE nº 402.717-8/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 2.12.2008, em cuja *ementa* se lê, ao final:

"[...] é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou."

Mais ainda. No julgamento do RE nº 583.937/RJ, a Suprema Corte reconheceu a *repercussão geral* da questão, afirmando a validade da gravação clandestina nas hipóteses em que o interlocutor esteja a defender interesse juridicamente relevante e legítimo, bem como em casos em que não haja reserva de sigilo na comunicação.

Ora, sequer seria necessário chegar-se a tanto (admitir-se a prova *apesar* de ilícita). Basta ver o quanto disposto no art. 233, parágrafo único, de nosso velho CPP, para se concluir pela *validade* ou pela *licitude* da utilização da comunicação sem o consentimento do interlocutor, quando presente interesse do destinatário:

"CPP – art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário."

Aliás, nesse contexto, seria bastante proveitoso o conhecido conceito de *tipicidade conglobante*, de Zaffaroni. Segundo este autor, não seria típico o fato quando quaisquer normas do Direito (qualquer Direito, mesmo o não penal) autorizassem a conduta. Enquanto as causas expressas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa etc.) diriam respeito às ações toleradas, as regras normativas da tipicidade conglobante se refeririam às condutas incentivadas pelo direito (ZAFARONI; Pierangeli, 1997).

Na linha desse entendimento, e no exemplo dado, não se poderia inquinar de ilícita a prova obtida pelo interlocutor na defesa de seus direitos, eventualmente em risco, e cuja proteção, potencialmente, poderia ser realizada por tal prova. Um exemplo de semelhante hipótese também pode ser extraído do julgamento do HC nº 84.203/RS Rel. Min. Celso de Mello, em 19.10.2004, no qual se reconheceu lícita a gravação realizada por meio de câmara instalada no interior de garagem do proprietário da casa, com o objetivo de identificar o autor de danos em seu automóvel. Evidentemente, o caso não era de ilicitude da prova, até porque, conforme veremos, não há, como regra, ilicitude na produção de prova durante o *flagrante delito*. Mas pode-se também justificar a licitude da gravação com base na proteção de direito próprio.

De outro lado, se não afastada a ilicitude, haverá que se examinar eventual possibilidade de seu aproveitamento, já então pelos critérios hermenêuticos da proporcionalidade (vedação de excesso e máxima efetividade da proteção), cujo exame será feito logo a seguir (item 9.1.4.6).

Note-se, ainda, que a gravação de conversa sem o conhecimento de um dos interlocutores, e na qual se obtenha a confissão da prática de um crime, é evidentemente inadmissível no processo, até pela violação do direito ao silêncio que se reconhece a todos os que, potencial ou efetivamente, estejam ou venham a ser submetidos a processo penal. Nesse sentido, STF – HC nº 69.818, Rel. Mir Sepúlveda Pertence, *DJ* 3.11.1992.

A prova assim obtida não teria também valor probante, na medida em que a confissão somente poderá ser valorada *quando realizada perante o juiz*, no curso,

pois, da ação penal. Assim, se não confirmada em juízo, a afirmação feita na aludida gravação não se prestaria a comprovar a confissão.

De outro lado, há interessantes julgados da Suprema Corte, reconhecendo a validade de uma gravação de conversa mantida entre agentes policiais e um preso, na qual este atribuía a responsabilidade pela prática de certo crime a determinada pessoa. As gravações foram admitidas ao fundamento de que o preso, por ter ciência da prática de um crime, teria o *dever* de depor sobre ele. Assim, não poderia alegar *direito à intimidade* (STF – HC nº 69.818,*JSTF* 224/345, *JSTF* nº 174/352; HC nº 69.204-4/SP, *DJU* 4.9.1992).

Na linha do entendimento que mais adiante passaremos a expor, reputamos acertado o aludido posicionamento, pela inexistência de efetivo *exercício de direito* por quem tem o *dever* de depor.

A seu turno, como já visto, o Superior Tribunal de Justiça, sistematicamente, tem aceitado a gravação de conversa feita por um dos interlocutores sem o consentimento do outro, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade (STJ – HC nº 4.654/RS; RHC nº 5.944/PR).

Por fim, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que cuida dos crimes praticados por meio de organizações criminosas, autorizando, para os delitos ali arrolados, diversas providências investigatórias, incluindo a infiltração de agentes, a ação controlada e a colaboração premiada, além de outras medidas tipicamente probatórias, tais como a interceptação ambiental, telefônica, de dados etc., tudo conforme o disposto no art. 3º da citada Lei.

A *complexidade* das questões introduzidas pela Lei nº 12.850/13 está a reclamar um tratamento específico da matéria, conforme se verá no item 14.7.8.

Por fim, remetemos o leitor também ao exame da questão relativa à *delação* ou *colaboração premiada* (item 14.7.4, *a*), em que se abordam alguns de seus principais aspectos e, sobretudo, a constitucionalidade da medida.

b) As interceptações telefônicas e de dados

A redação dos incisos (art. 5º, CF) que cuidam da proteção à intimidade, à privacidade, à honra, e de outros valores reconhecidos na ordem jurídica constitucional, costuma causar algumas perplexidades em quem se vê na contingência de interpretá-los.

O inciso X, por exemplo, menciona que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Mais adiante, o inc. XI trata da inviolabilidade do domicílio, fazendo, porém, a ressalva quanto ao ingresso por meio de ordem judicial, se de dia, e de hipótese de flagrante delito, mesmo à noite.

Logo a seguir, no inciso XII, volta o constituinte a se referir à proteção da intimidade e da privacidade, dispondo ser 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*".

A primeira leitura deste último dispositivo, sem dúvida, poderia sugerir a seguinte interpretação: o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem (inciso X), bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados (inciso XII) seriam intangíveis, isto é, seriam*absolutos*, não podendo, em qualquer hipótese, ser determinada a respectiva e correspondente violação. Já o direito à intimidade e à privacidade decorrente das comunicações telefônicas (inciso XII) e a inviolabilidade de domicílio (inciso XI) poderiam ser flexibilizados,*por ordem judicial*.

Do ponto de vista de uma leitura exclusivamente gramatical, a interpretação é bastante razoável, já que a presença de uma *ressalva* na lei significa exatamente uma regra de exceção. As demais hipóteses, fora da exceção, deveriam receber tratamento distinto.

O problema é que essa interpretação parece-nos inteiramente fora do sistema constitucional de garantias individuais, e nem sequer apresenta coerência lógica (ver,

no mesmo sentido, elucidativo trabalho de Silva, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei*: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel; Binenbojm, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605-618).

Observaríamos, de início, que a Constituição da República garante também a inviolabilidade do *direito à vida*, conforme dispõe o *caput* do art. 5º. Embora assim seja, não há quem duvide de que aquele que subtrai a vida alheia em situação de legítima defesa não deve responder por qualquer tipo de sanção. A violação, em semelhante hipótese, seria *expressamente autorizada em lei* (art. 23, CP). E a autorização teria justificação bastante simples e ao alcance de todos: no confronto entre dois valores igualmente relevantes – a vida –, não há de se exigir que alguém ceda o seu direito a outrem.

Então, a primeira observação: na ordem constitucional brasileira não existem direitos *absolutos*, que permitam o seu exercício a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. E tal ocorre porque a tutela normativa de qualquer bem ou valor é sempre *abstrata*. No plano da realidade concreta, surgirão, inevitavelmente, situações em que *dois ou mais* titulares do *mesmo direito* entrem em confronto, razão pela qual a lei estará autorizada a regulamentar soluções específicas para cada conflito.

E o conflito poderá surgir (e frequentemente surge) também entre dois ou mais titulares de direitos que, embora de natureza distinta, serão atingidos pelo simples exercício por parte de um deles.

Essa realidade decorre do fato de vivermos em uma sociedade plural, isto é, em que vários são os interesses individuais e dos grupos que compõem a comunidade jurídica. Assim, a tutela de uma pluralidade de interesses somente pode ocorrer no plano *abstrato*, ou seja, no plano normativo. Quando a realidade demonstrar a possibilidade de eventuais conflitos entre valores igualmente protegidos na Constituição, somente um juízo de proporcionalidade na interpretação do Direito, orientado pela vedação do excesso e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, é que poderá oferecer soluções plausíveis.

A proporcionalidade, hoje utilizada como um indispensável critério hermenêutico na aplicação do Direito, tem sua origem exatamente como meio de controle da constitucionalidade das leis, que, embora formalmente constitucionais, previam, por exemplo, sanções desproporcionais para determinadas espécies de descumprimento da lei. Há na literatura nacional e internacional inúmeros trabalhos de maior fôlego tratando do postulado ou princípio da proporcionalidade, seja na dimensão da proibição de excesso, seja na dimensão da proibição de proteção deficiente. Entre nós, lembramos, por todos, a obra de Humberto ÁVILA,*Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005), na qual se esclarecem diversas possibilidades conceituais e de aplicabilidade do princípio. Na literatura estrangeira, vale a pena conferir, pelo menos, Robert Alexy, *Derecho y razón práctica* (Tradução de Manuel Atienza. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofia del derecho y política, México, 2002), além de Nicolas Gonzales-Cuelar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (Madrid: Colex, 1990), especificamente em relação às questões de prova.

Assim, será preciso, primeiro, que se examine a questão sob a ótica da existência ou não de lei regulando o eventual conflito entre valores igualmente protegidos na Constituição; depois, será necessário o exame da constitucionalidade dessa lei, sob todos os aspectos; por último, na hipótese de inexistência de lei regulando a matéria, somente um juízo de ponderação dos interesses, isto é, somente um juízo de proporcionalidade, diante do caso concreto, é que eventualmente poderá resolver a questão.

Dissemos, anteriormente, que a interpretação inicialmente sugerida em relação ao direito à intimidade, à privacidade, à honra etc. estaria inteiramente fora do contexto das garantias individuais e que também não apresentava sequer coerência lógica. Por quê?

Vejamos.

Por que razão o constituinte se importaria tão intensamente com a proteção do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, a ponto de não prever qualquer hipótese de sua violação, e não faria o mesmo em relação às

comunicações telefônicas? Por que também a *menor* preocupação com a inviolabilidade de domicílio? Para estas duas últimas (comunicações telefônicas e inviolabilidade de domicílio), como vimos, existe ressalva expressa quanto à autorização judicial.

Ora, vimos que o próprio direito à vida, bem e valor maior de todo indivíduo, de cuja existência decorrem *todos os demais direitos*, encontra limites na lei. Por que, então, esses não poderiam ser limitados, sob quaisquer circunstâncias?

Na realidade, a interpretação que fazemos é exatamente em sentido inverso.

O direito à intimidade, à privacidade, à honra, e todas as suas formas de manifestação, ou seja, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações, que se constituem apenas em algumas das várias modalidades de exercício dos aludidos direitos (intimidade etc.), podem, como regra, ser limitados, por não configurarem nenhum direito absoluto. Podem e poderão, por isso, ser limitados, sempre que o respectivo exercício puder atingir outros valores igualmente protegidos na Constituição, e *desde que haja previsão expressa na lei*.

É o que ocorre, por exemplo, em relação ao sigilo da correspondência, cuja inviolabilidade é até prevista como crime, conforme o disposto no art. 40 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. Desde que presente *autorização judicial*, poderá haver quebra do mencionado sigilo (da correspondência), porque devidamente prevista em lei (art. 240, § 1º, *f*, CPP), justificada por necessidade cautelar, no curso de investigação ou instrução criminal, tal como ocorre em relação às comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF).

Por isso, não vemos qualquer inconstitucionalidade na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta as hipóteses nas quais serão possíveis as interceptações telefônicas, *incluindo-se* ali a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática. No mesmo sentido a jurisprudência nacional, incluindo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (Recurso Extraordinário nº RE 418416/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Recurso Especial nº 625.214-SI Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Do mesmo modo, nada de errado com a previsão de idênticas medidas na Lei nº

12.850/13, que cuida da definição e de outras providências acerca das organizações criminosas. Ver, no particular, item 14.7.8.

A telemática, conforme anota Sampaio (1998, p. 560), "*estuda a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e dos meios de comunicação*", como ocorre, por exemplo, com a comunicação via *Internet*.

A possibilidade de autorização judicial *também* para a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, como ali previsto, é perfeitamente constitucional, e vem completar o rol de proteção do inc. XII do art. 5º da CF, estabelecendo que, em todas as hipóteses ali mencionadas, a quebra do sigilo exigirá autorização judicial fundamentada.

Nos termos do art. 1º da citada Lei nº 9.296/96, as interceptações deverão ser precedidas de ordem judicial do juiz competente, devidamente fundamentada (art. 5º), e poderão ser decretadas na fase de investigação ou no curso da ação penal, sob segredo de justiça.

Exige-se, ainda, que haja indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com pena de *reclusão*, bem como que a prova do crime não possa ser feita por outros meios (art. 2º).

O prazo máximo da interceptação será de 15 dias, prorrogáveis por mais 15 (art. 5º), devendo as diligências ser registradas em autos apartados, preservando-se o sigilo de todo o procedimento (art. 8º). O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, em 16.9.2004 (*Informativo STF* nº 361, 22.9.2004), fixou entendimento no sentido de ser possível a renovação do prazo de 15 dias *por mais de uma vez*, quando complexa a investigação, desde que comprovada a indispensabilidade do procedimento. Aqui, não há negar: a Suprema Corte deu interpretação *ampliativa* à norma restritiva de direito. Possível, a nosso aviso, sob a perspectiva de proteção a direitos fundamentais, em risco em razão da prática de determinados delitos – juízo de proporcionalidade (adequabilidade), pois. E apenas. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, salientando a possibilidade de renovação da medida *tantas vezes quantas forem necessárias*, desde que comprovada a indispensabilidade da diligência (STJ – HC nº 50.193-ES

Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 11.4.2006).

No entanto, há que se ter cuidado sobre a matéria, pois o Supremo Tribunal Federal aceitou a repercussão geral da questão, na apreciação do RE 625.263. Vem delimitação do tema por aí... Delimitação essa de dificílima solução, afinal, qual seria o número *aceitável* de prorrogações? Mais: pode e deve o Supremo dizê-lo? Se assim ele decidir, certamente haverá *modulações* quanto aos efeitos da decisão, o que será acertado, sem dúvida.

Por fim, a mencionada lei prevê como crime, punido com pena de reclusão, de dois a quatro anos, a interceptação das comunicações ali mencionadas sem autorização judicial, ou com objetivos não autorizados em lei.

Assim, obtida a prova mediante a interceptação não autorizada de comunicação telefônica, de informática ou telemática, a consequência será a sua inadmissibilidade no processo.

Novidade recente foi trazida pela Lei 13.964/19, que alterou a Lei 9.296/96 para dispor, inicialmente no (novo) art. 8º-A que, para a investigação ou instrução criminal, mediante requerimento policial ou do Ministério Público, poderá ser autorizada pelo juiz a captação *ambiental* de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, desde que preenchidos (cumulativamente) os seguintes requisitos: I – a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; *e* II – houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

Os requisitos legais guardam certa similitude com aqueles previstos para as interceptações telefônicas (art. 2º da Lei nº 9.296/96). Há identidade de pressuposto de que a utilização dessa técnica deva ser subsidiária, ou seja, somente poderá se cogitar da captação ambiental se a prova pretendida acerca das práticas criminosas não puder ser realizada por outros meios disponíveis e igualmente eficazes.

Se para a interceptação *telefônica* limita-se apenas que o crime apurado seja punido com *reclusão* – pois não se admite para o fato investigado que seja hipótese

de punição apenas com *detenção* –, o requisito para a *captação ambiental* é diverso: as penas máximas dos crimes investigados devem ser superiores a 4 anos (mas podem ser *punidos com detenção ou reclusão*) ou em infrações conexas.

Aqui, há de se ter um cuidado muito relevante. Não se está falando de descoberta fortuita de fatos diversos dos investigados, situações nas quais a jurisprudência (corretamente) já pacificou entendimento de que são absolutamente válidas as apurações probatórias, mesmo que não haja conexão entre os fatos e que os descobertos fortuitamente sejam punidos inclusive com detenção. Interpretamos a previsão legal no sentido de que, havendo fatos conexos entre si *desde já investigados*, em que *apenas um deles* atende o requisito da pena máxima superior a 4 anos, será plenamente válida a prova de investigação também quanto ao outro (cuja pena máxima seja inferior a esse patamar).

Prosseguindo, ainda quanto aos requisitos, o requerimento deverá descrever circunstanciadamente, tanto quanto possível, o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental (§ 1º do art. 8º-A), tudo com a finalidade de se poder, ulteriormente, sindicar se o procedimento foi executado corretamente e conforme a autorização judicial prévia.

Tal qual a interceptação telefônica, a captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 dias, sendo possível sua renovação (sempre com prévia autorização judicial), por iguais períodos, se igualmente comprovada a indispensabilidade da prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada (nos termos do § 3º do art. 8º-A). Aqui a lei já deixou bem claro o que restou solvido pela jurisprudência em relação à interceptação telefônica: podem haver sucessivas renovações da medida, desde que comprovada a necessidade, mediante a devida fundamentação judicial.

Nos termos do § 5º do art. 8º-A, e pela identidade muito grande dos procedimentos, há previsão de aplicação subsidiárias das regras previstas na legislação específica para as hipóteses de interceptações telefônicas e telemáticas.

Por fim, *tipificou-se* o ato de realizar interceptação ambiental sem autorização judicial, no art. 10-A da Lei nº 9.296/96, com pena de reclusão, de 2 a 4 anos, além

de multa. O § 1º, exclui o caráter ilícito da conduta caso a *captação* for realizada por um dos interlocutores (a jurisprudência já reconhecia essa exclusão de tipicidade). E, no § 2º, prevê-se a aplicação da pena em dobro (de 4 a 8 anos) ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações *enquanto mantido o sigilo judicial*. Por evidente, trata-se de previsão de crime doloso (porque, como sabido, todo delito que for culposo deve ser assim previsto *expressamente* – conforme parágrafo único do art. 18 do Código Penal brasileiro).

A Lei nº 11.343, de agosto de 2006, ao regulamentar novos procedimentos em matéria de crimes de tóxicos e entorpecentes, a par de dispor que *em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes ali previstos seria cabível, mediante ordem judicial, com oitiva prévia do Ministério Público, a infiltração de agentes* (art. 53, I) e o chamado *flagrante diferido* (art. 53, II), que já veremos mais adiante (item 11.5.3), estabeleceu a possibilidade de adoção de quaisquer outros procedimentos investigatórios previstos em lei (art. 53, *caput*), o que inclui, por certo, a quebra de sigilo telefônico e de dados (fiscais, patrimoniais, bancários etc.) no curso da persecução penal então instaurada.

Por último, também a quebra do sigilo dos *dados telefônicos*, ou seja, dos registros dos telefonemas dados e recebidos por determinado aparelho (que não configura hipótese de interceptação), reclama autorização judicial, posto que tais informações se inserem no contexto da intimidade e da privacidade do interessado.

A evolução tecnológica traz, inevitavelmente, problemas que o legislador não poderia ter antecipado. Assim, cabe ao intérprete a tarefa de solucioná-los, ao menos até que venha nova legislação para "modernizar" os pontos controvertidos. Um deles é o aplicativo de celular "WhatsApp", que, em sua função "WhatsApp Web", permite que o usuário troque mensagens com seus contatos telefônicos por meio do computador. Surge a questão: é possível que a autoridade policial faça o espelhamento dessas conversas, fazendo uma analogia entre *a interceptação telefônica*?

A resposta dada pelo Superior Tribunal de Justiça foi negativa (RHC nº

99.735/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 27.11.2018). Na interceptação telefônica o investigador possui um papel exclusivamente passivo, restrito a acompanhar o diálogo desenvolvido entre os interlocutores. No WhatsApp Web, por outro lado, é possível que ele influencie diretamente a conversa, seja enviando mensagens se passando pelo investigado, seja deletando partes do diálogo. Como a tecnologia do aplicativo não permite um registro de atividades, pois o servidor não armazena dados dessa natureza, não há como garantir a autenticidade da comunicação espelhada. Portanto, a analogia seria incabível.

c) Sigilo bancário

Na linha do entendimento que expusemos, pensamos que a quebra do sigilo bancário, que, em última análise, atinge uma certa parcela da intimidade e/ou privacidade (art. 5º, X) do correntista/aplicador, também pode perfeitamente ser determinada em lei.

E agora entraremos em terreno não muito firme, diante das peculiaridades de algumas legislações, que autorizam a quebra do sigilo bancário a determinadas autoridades públicas *sem a autorização judicial*.

A questão, então, passa a ser a seguinte: admitida que seja a inexistência de qualquer direito absoluto, haveria critérios normativos (constitucionais) que vinculariam o legislador infraconstitucional, a ponto de somente se permitir, em lei, a quebra do sigilo de qualquer manifestação da intimidade e/ou privacidade por via de pronunciamento judicial?

Acreditamos que não.

A referência feita no inciso XI, em relação à inviolabilidade do domicílio, e no inciso XII, ao sigilo das comunicações telefônicas, no sentido da exigência de ordem judicial para a flexibilização dos respectivos direitos, merece, segundo nos parece, uma interpretação inversa daquela sugerida no início de nosso estudo acerca das interceptações telefônicas.

Pensamos que a exigência constitucional de ordem judicial somente deve ser

aplicada àquelas hipóteses ali *expressamente previstas*. É dizer: somente para a quebra da inviolabilidade de domicílio e das comunicações telefônicas é que haveria o condicionamento expresso do legislador ordinário. Isso se dá, provavelmente, em razão de ser essa a manifestação da intimidade ou da privacidade mais frequentemente atingida pelas autoridades responsáveis pela persecução penal.

Nas demais, a lei poderá atribuir a outras autoridades do Poder Público a flexibilização da intimidade/privacidade, desde que preenchidos os requisitos da *indispensabilidade da medida, do sigilo quanto ao procedimento e da finalidade pública reservada à providência*. O que deve ser observado, sempre, é a necessidade da flexibilização do direito (à intimidade/ privacidade), em face do risco que o exercício de tais direitos, se realizados de modo absoluto e incontestável, poderá causar a outros valores protegidos na ordem constitucional.

Por isso, não vemos inconstitucionalidade na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que, dispondo sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, autoriza as autoridades fazendárias a examinar seus documentos, livros e registros, inclusive os referentes à conta de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja processo administrativo regularmente instaurado ou procedimento fiscal em curso, e desde que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente (art. 6º). O resultado dos exames, as informações e os documentos analisados serão conservados em sigilo (art. 6º, parágrafo único).

Do mesmo modo e, aliás, repetindo a legislação anterior (Lei nº 4.595/64), a Lei Complementar nº 105/01 autoriza também a troca de informações sigilosas entre as instituições financeiras e o Banco Central, inclusive sobre contas de depósitos e investimentos (art. 2º, § 1º), e a quebra do sigilo bancário quando as informações forem requeridas pelo Poder Legislativo Federal e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, desde que aprovada a medida pelo Plenário da Câmara e do Senado, ou pelo Plenário das respectivas Comissões Parlamentares (art. 4º).

Tratando-se, ainda, de lei complementar, fica assim atendida a exigência prevista no art. 192 da CF, com o que, sob esse aspecto, nada há a se argumentar contra a constitucionalidade da aludida Lei nº 105/01.

No julgamento da ADI nº 2.390/DF, a Suprema Corte decidiu pela desnecessidade de ordem judicial para a quebra do sigilo bancário, quando se tratar de procedimento regular instaurado no âmbito da Receita Federal (V. ADIs nº 2.386-DF, 2.397-DF e 2.859-DF, as quais foram julgadas em conjunto com a ADI citada).

Como assim se decidiu em relação à LC nº 105/01, esperávamos que semelhante prerrogativa fosse dada, ao menos, ao Ministério Público da União, com base na Lei Complementar nº 75/93. Com efeito, esta legislação poderia (e pode, para nós) ser interpretada nesse sentido, já que ali se autoriza a requisição, por parte daquele órgão, de informações e documentos a entidades privadas (art. 8º, IV), e também o acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública (art. 8º, VIII), estabelecendo, igualmente, que "*nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, à exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido (art. 8º, §2º)*.

Nunca é demais lembrar que, em tema de direito à intimidade e/ou privacidade, é sempre necessária uma valoração dos interesses em disputa, sopesando-se o grau do dano a ser causado pela flexibilização legislativa, a ser aferido em contrapartida àquele produzido pelo exercício de modo absoluto do referido direito.

Pensamos que ambas as legislações são válidas. Evidentemente, para que a quebra do sigilo seja possível, deverão concorrer os mesmos requisitos de *indispensabilidade, da existência de procedimento regular já instaurado* e da *finalidade pública da medida*, nos termos, aliás, das disposições legais pertinentes, bem como *expressa previsão legal* na LC nº 105/01.

A maior dificuldade em se aceitar a iniciativa direta do *parquet* para a quebra do sigilo bancário decorreria do disposto no art. 6º, XVIII,*a*, da própria Lei Complementar nº 75/93, que prevê como competência do Ministério Público a *representação à autoridade judiciária*, para fins de quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, no curso de investigação ou instrução criminal.

Pensamos, porém, que o sigilo bancário não estaria incluído na aludida previsão,

pois, do contrário, haveria verdadeira incompatibilidade normativa com as demais disposições da citada Lei Complementar nº 75/93.

Recentemente, a Suprema Corte adotou a tese que vínhamos defendendo, revendo a posição que tradicionalmente vinha adotando, e enfim passou a permitir o acesso direto do Ministério Público a tais dados (RE 1055941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli Tema 990 da Repercussão Geral). Esta já era a posição do Superior Tribunal de Justiça, como se vê no HC 422.473/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, po unanimidade, publicado em 27.03.2018).

Outra questão.

Se não há dúvida quanto ao fato de poder a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) determinar a quebra de sigilo bancário, talvez o mesmo não se pudesse afirmar em relação às Comissões Parlamentares *estaduais*, seja por falta de previsão específica na Constituição da República (argumento essencialmente *jurídico*), seja por eventuais receios de abusos por parte das citadas Comissões (no que se revela argumentação de outra natureza). Seja como for, o Supremo Tribunal Federal já esclareceu a questão, por apertada maioria (6 × 5), no julgamento da ACO nº 730/RJ, sendo Relator o Min. Joaquim Barbosa, em 22.9.2004. Com os votos vencidos dos Min. Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal poder investigativo às Comissões Parlamentares estaduais, afastando, porém, a possibilidade de eventuais Comissões municipais intentarem a medida.

O fundamento principal para a admissão da competência das Casas Legislativas estaduais, para além das observações acerca do modelo do federalismo adotado na Carta de 1988, residiu, essencialmente, no reconhecimento da existência concreta do Poder Judiciário *estadual*, o que permitiria atribuir aos parlamentares *estaduais* os mesmos *poderes investigatórios* concedidos à autoridade judiciária (estadual), para fins de determinação de quebra de sigilo bancário. Podendo os Juízes *Estaduais*, também deveriam poder os respectivos parlamentares (estaduais). Aliás, foi por esse fundamento que se recusou o mesmo poder aos parlamentares *municipais*, ente da Federação sem poderes para a instituição de Poder Judiciário.

Estamos de acordo com a decisão, sobretudo no ponto em que rejeita a quebra de sigilo bancário para as CPIs municipais. Entretanto, não pelo mesmo fundamento.

Ora, se o cerne da questão residisse na correspondência entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, no mesmo âmbito do poder político, poder-se-ia alegar que a competência das CPIs *estaduais* deveria se limitar à quebra de sigilo bancário apenas em relação às instituições financeiras *privadas ou estaduais*. É que, presente o Banco Central, a competência jurisdicional seria *federal*, afastando-se a competência dos Juízes Estaduais e, assim, *também* dos *parlamentares estaduais*.

Ao parlamento municipal não se deve mesmo reconhecer o poder de quebra de sigilo, exatamente em razão da posição que referidos entes (Municípios) ocupam na distribuição do Poder Público. Veja-se, por exemplo, a ampla limitação legiferante dos municípios (restrita às questões de interesse local), e, também, a inexistência de foros privativos, na Constituição da República, para os respectivos parlamentares (vereadores). Ora, sendo assim, não faria sentido permitir a eles poderes superiores às próprias prerrogativas.

Por fim, importante alteração legislativa veio com o art. 17-B da Lei nº 12.683/12, que promoveu sensíveis modificações na Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro e capitais), introduzindo o art. 17-B.

Estabelece referido dispositivo o acesso ao Ministério Público e à autoridade judicial, sem a necessidade de ordem judicial, aos dados atinentes à qualificação pessoal, filiação e endereço, daquele que se encontrar sob investigação, junto às instituições financeiras, às empresas de telefonia, aos provedores de Internet, às administradoras de cartões de crédito e à Justiça Eleitoral.

Note-se que, embora se trate de medida portadora de certo grau de tangenciamento da privacidade, não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, que a afetação ao aludido direito individual não chega ao ponto de reclamar a invalidade (inconstitucionalidade) da providência.

Impende observar, no particular, e de início, que referido acesso aos órgãos da persecução criminal se limita, exclusivamente, aos dados de qualificação do investigado, restrito apenas aos casos de crimes contemplados na Lei nº 9.613/98

(com redação dada pela Lei nº 12.683/12), de lavagem de dinheiro, ativos, bens e capitais. Trata-se, em verdade, de medida destinada ao esclarecimento da identificação civil do investigado. Sequer se pode falar em nova hipótese de identificação criminal (Lei nº 12.037/09), a exigir maiores cuidados do legislador. E, repita-se, não se cuida de regra geral, mas de diligência autorizada exclusivamente para os delitos de lavagem de dinheiro.

d) A Comissão Parlamentar de Inquérito e a cláusula da reserva da jurisdição

O art. 58, § 3º, da CF, prevê que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão poderes investigatórios *próprios das autoridades judiciais*.

Quando dissemos, anteriormente, que a Constituição Federal é uma Carta*plural*, no sentido de abrigar vários e distintos interesses, de distintos titulares, preocupávamo-nos apenas com as questões de direito material, sobretudo com aquelas atinentes à proteção dos direitos e garantias individuais e fundamentais.

Já se vê, aqui, porém, que a pluralidade atingiu até mesmo a técnica de redação de nosso texto constitucional. Ora, não nos parece adequado dizer que a Comissão Parlamentar de Inquérito teria os poderes *investigatórios próprios das autoridades judiciais*, pela simples razão de que as autoridades judiciais, a rigor, *não têm poderes investigatórios*. Têm, ao contrário, e muito ao contrário, a competência constitucional para a tutela dos direitos e garantias individuais, em cujo exercício poderão determinar a limitação concreta de alguns deles, desde que prevista em lei e desde que cumpridos os requisitos inerentes à cautelaridade da medida.

Feita a ressalva, cumpre apontar as eventuais limitações postas à atividade das Comissões Parlamentares de Inquérito, para o fim de definir até onde iriam os tais *poderes investigatórios*.

Em primeiro lugar, observa-se que, tratando-se de restrições ao exercício de qualquer direito individual, toda decisão, seja de que autoridade partir, deve ser rigorosamente fundamentada.

Observa-se, mais, que as citadas Comissões Parlamentares haverão de encontrar limitação de seus poderes na própria Constituição, mais precisamente nas chamadas cláusulas de *reserva da jurisdição*. Tais reservas decorreriam de eventual excepcionalidade de determinada regra, quando prevista no próprio texto constitucional.

Exemplos: a Constituição assegura como inviolável o domicílio, à *exceção* do flagrante delito e de ordem *judicial* (art. 5º, XI); assegura, ainda, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, à *exceção* do flagrante delito, ou por ordem escrita de autoridade *judiciária* (art. 5º, LXVI); para a violação do sigilo das comunicações telefônicas, há dispositivo expresso reservando a competência da autoridade *judiciária* (art. 5º, XII).

Em todas essas situações, parece-nos que não será possível às Comissões Parlamentares a restrição ou a limitação dos direitos ali assegurados, em razão da regra de exceção expressa, em relação às autoridades judiciárias (STF – MS nº 23.642/DF, em 29.11.2000 – *Informativo STF* nº 212).

Não é o que ocorre, por exemplo, com o sigilo de dados das comunicações telefônicas, isto é, dos registros telefônicos (e não da interceptação), com o sigilo bancário e com o sigilo fiscal, todos ao alcance das CPIs, consoante, aliás, vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade.

A Lei nº 13.367/16 optou por manter a criticada expressão "poderes investigatórios *próprios das autoridades judiciais*" em seu art. 1º, de maneira idêntica ao texto constitucional, mas tratou de elencar limites a esses poderes com as alterações promovidas na Lei 1.579/52. O art. 3º, § 1º da Lei 1.579/52, ao prever que as Comissões solicitem ao juízo criminal a intimação da testemunha que se ausentou injustificadamente, acaba por inviabilizar a aplicação direta da punição prevista no CPP (condução coercitiva, sem prejuízo da imposição de multa e de processo por crime de desobediência). Da mesma forma, o art. 3º desta lei dispõe que o Presidente da CPI deve solicitar ao juízo criminal competente as medidas cautelares que se afigurarem necessárias quando houver indícios veementes da proveniência ilícita de bens.

Logo se vê que os poderes investigatórios de tais Comissões não é rigorosamente *o mesmo* que o das autoridades judiciais, razão pela qual deve aquelas socorrer-se a estas nas situações previstas naquela lei (Lei nº 1.579/52) e também quando a própria Constituição Federal o determinar – como nos casos em que se exigir "ordem judicial" (interceptação telefônica, e.g.).

9.1.4.2 A teoria dos frutos da árvore envenenada

A teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se *legalizasse* a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da *ilicitude por derivação* é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, teve oportunidade de reconhecer a pertinência dos *fruits of the poisonous tree*, conforme se vê no julgamento do HC nº 74.116/ SP, *DJU* 14.3.1997, e HC nº 76.641/SP, *DJU* 5.2.1999.

A partir da Lei nº 11.690/08, que alterou diversos dispositivos do CPP, a teoria dos frutos da árvore envenenada passa a integrar a ordem processual penal brasileira de modo expresso. Diz o art. 157, § 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*".

Impõe-se, porém, observar que, no plano prático, algumas dificuldades poderão surgir, sobretudo em razão de não se apresentar tão simples assim a definição de

derivação. A dificuldade a que ora nos referimos em relação à definição da palavra *derivação* não é, evidentemente, de origem semântica. Ela se fará presente na identificação concreta de se tratar de prova efetivamente *derivada da ilícita*. Busca-se, então, o significado do apontado "nexo de causalidade da prova".

Em primeiro lugar, pode ocorrer que a prova posteriormente obtida já estivesse, desde o início, ao alcance das diligências mais frequentemente realizadas pelos agentes da persecução penal. Pode ocorrer, de fato, que seja possível concluir que o conhecimento da existência de tais provas se daria sem o auxílio da informação ilicitamente obtida. Aí, ao que se vê, a hipótese seria da aplicação da "fonte independente", isto é, de meio de prova sem qualquer relação fática com aquela ilicitamente obtida.

Note-se que a Lei nº 11.690/08 comete um equívoco técnico. No art. 157, § 2º, ao pretender definir o significado de "*fonte independente*", afirmou tratar-se daquela 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*".

A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a *teoria da descoberta inevitável*, muito utilizada no direito estadunidense. Na *descoberta inevitável* admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita. Exemplo: ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada residência, a eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca de homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar os meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza.

Já a teoria da *fonte independente* baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais.

Exemplo (real!): autoridade policial, ao avistar, no trânsito, veículo de *prima linea*, conduzido por determinada pessoa, desconfiou tratar-se de furto, unicamente em razão da cor (negra) do motorista.

Note-se que, embora a apreensão do veículo nessas circunstâncias nos pareça fruto de conduta discriminatória por parte de agente do Estado, a macular de ilicitude a diligência, nada impediria que eventuais testemunhas que presenciaram o furto na residência do proprietário do veículo fossem ouvidas e comprovassem a autoria. A apreensão nada teria a ver com o fato testemunhado (fonte independente, pois).

Como se observa, há muito a ser discutido. Mas, desde já, deixamos assentado: ainda que ilícita a prova, não vemos razão alguma para se determinar o *trancamento* do inquérito. E isso porque nem toda atividade investigatória subsequente estaria contaminada, como demonstramos. A prevalecer tal extensão para o conceito dos *frutos da árvore envenenada*, com desconsideração completa à teoria da *descoberta inevitável*, a ilicitude da prova, mais que uma violação à intimidade dos interessados, revelar-se-ia cláusula de permanente imunidade em relação ao fato.

Com isso, nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subsequentes. Será preciso, no exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliar a eventual derivação da ilicitude.

Com efeito, interpretada em termos absolutos, alguns delitos jamais poderiam ser apurados, se a informação inicial de sua existência resultasse de uma prova obtida ilicitamente (por exemplo, escuta telefônica), antes, portanto, da instauração de qualquer procedimento investigatório. Pode-se objetar: esse é um problema do Estado, que foi o responsável pela violação de direitos na busca de provas.

Ocorre, todavia, que, prevalecendo esse entendimento, ou seja, no sentido de que *todas as provas* que forem obtidas a partir da notícia (derivada de prova ilícita) da *existência* de um crime são também ilícitas, será muito mais fácil ao agente do crime furtar-se à ação da persecução penal. Bastará ele mesmo *produzir* uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para *trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a*

apuração daquele delito então noticiado. Nesse sentido, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*Curso de direito constitucional*. São Paulo/Brasília: Saraiva – IDP, 2007, p. 605).

Impõe-se, portanto, para uma adequada tutela *também* dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se *toda* a atuação estatal investigatória estaria contaminada, *sempre*, por determinada prova ilícita. Pode-se e deve-se recorrer, ainda mais uma vez, ao critério da proporcionalidade, que, ao fim e ao cabo, admite um juízo de *adequabilidade* da norma de direito ao caso concreto.

Nesse quadro, a atual redação do art. 157, §§ 1º e 2º, CPP, embora proveitosa, ao se referir expressamente a duas situações nas quais seria possível vislumbrar a não contaminação da prova ilícita, ao tempo em que buscava definir o âmbito da contaminação, não parece suficiente para resolver todas as questões teóricas e práticas envolvidas, a partir da necessidade de identificação do real significado e extensão do chamado "nexo de causalidade" na derivação da ilicitude.

9.1.4.3 A teoria do encontro fortuito de provas

Ainda na linha das questões ligadas à inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, pode-se apontar também a teoria do *encontro fortuito ou casual de provas* como uma das hipóteses de aplicação do princípio.

Fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação *de outro crime*. A Lei nº 11.690/08, descendo a detalhes em tema de prova, perdeu boa oportunidade de regulamentar a matéria.

A teoria, embora em um primeiro exame possa parecer um excessivo zelo com a tutela do devido processo legal, justifica-se plenamente. Na Alemanha, por exemplo, reconhece-se a sua aplicabilidade na interpretação, por exemplo, do § 100, *b*, V, do Código de Processo Penal (StPO).

Aqui, o que é (e será) decisivo é o desempenho de uma das funções que são atribuídas ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, tal como mencionado no início deste item, a saber: a função de controle ou de pedagogia da atividade policial persecutória.

Mas é exatamente no tanto em que ela (a teoria) se justifica que reside também a definição dos limites de sua aplicação.

Quando, na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente*para a busca de animais silvestres*. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão. Em semelhante situação, como é óbvio, o local revistado jamais abrigaria o objeto do mandado judicial.

Do contrário, a ação policial, em caso de mandado de busca e apreensão, fugiria do controle judicial, configurando verdadeira ilegalidade, por violação do domicílio, no ponto em que, para aquela finalidade, o ingresso na residência *não estaria autorizado*. A teoria, portanto, presta-se a justificar a adoção de medidas acautelatórias em favor da proteção do direito à intimidade e/ou privacidade, de modo a impedir o incentivo à prática do abuso de autoridade.

Pensamos, contudo, que é preciso certa prudência na sua aplicação, para que a teoria não se transforme em instrumento de salvaguarda de atividades criminosas, sobretudo no campo da chamada criminalidade *macroeconômica* e da criminalidade organizada.

Assim, por exemplo, quando, no curso de determinada investigação criminal, é autorizada judicialmente a interceptação telefônica em certo local, com a consequente violação da intimidade das pessoas que ali se encontram, não vemos por que recusar a prova ou a informação relativa a *outro crime* ali obtida. A tanto não se prestaria a teoria do encontro fortuito, dado que a sua finalidade e *ratio essendi* nem de longe seria atingida. Em tal situação, se até as conversações mais íntimas e pessoais dos

investigados e das pessoas que ali se encontrassem estariam ao alcance do conhecimento policial, por que não o estaria a notícia referente à prática de outras infrações penais?

Nem se poderia alegar que as autoridades encarregadas da investigação criminal poderiam valer-se do expediente para obter mais facilmente autorização para a interceptação telefônica, agindo, então, abusivamente. É que, como vimos, a autorização judicial para a interceptação telefônica é feita sempre de modo excepcional, devidamente fundamentada, e somente quando se fizerem presentes indícios razoáveis de autoria e/ou participação, bem como quando a prova não puder ser feita de outro modo, além de ser cabível somente para infrações punidas com pena de reclusão (art. 2º, Lei nº 9.296/96).

Assim, não haveria o risco de influência significativa ou decisiva de um suposto interesse na investigação de outros fatos, para a obtenção de autorização para a interceptação telefônica.

Na linha do aqui sustentado, com ligeira variação, quanto à identidade dos fatos, é ver julgamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a licitude da prova *de outro crime, diverso* daquele investigado, obtida por meio de interceptação telefônica autorizada, de início, para a apuração de crime punido com reclusão. Argumentou-se, então, que a conexão entre os fatos e os crimes justificaria a licitude e o aproveitamento da prova, mesmo envolvendo crimes punidos com detenção, para os quais, inicialmente, por vedação legal (art. 2º, III, Lei nº 9.296/96), a interceptação telefônica não seria admitida (HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim *Informativo* nº 361). E, posteriormente: HC nº 102.394, Rel. Min. Cármen Lúcia.

Ora, não é a conexão que justifica a licitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão. Isso porque uma coisa é a justificação para a *autorização* da quebra de sigilo; tratando-se de violação à intimidade, haveria mesmo de se acenar com a gravidade do crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada; tratando-se de

material relativo à prova de crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a *justificação* da medida (interceptação telefônica), mas, sim, com a *aplicação* da lei.

Questão das mais interessantes, contudo, diz respeito à possibilidade de aproveitamento de prova obtida por meio de interceptação telefônica, devidamente autorizada para a apuração de determinado crime, em outro processo, de natureza diversa, isto é, não criminal.

Bem se vê, aqui, a diferença entre a *competência jurisdicional* para a determinação da quebra da inviolabilidade, que, no exemplo dado, é o só o juiz *criminal*, e a possibilidade de aproveitamento do material assim obtido em outra instância. Se o juiz cível não pode determinar a quebra do sigilo telefônico, por vedação constitucional, pode ele, entretanto, *conhecer da prova colhida* em ação penal, por não haver qualquer risco ou diminuição da eficácia da aludida norma de proteção (da inviolabilidade da comunicação telefônica). Apenas o juiz criminal prosseguirá com competência para determinar a sua quebra; jamais o juiz cível. Aproveitar a prova (emprestada) não implica violação à competência de jurisdição. (Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem en Petição 3.683-2 – Rel. Cezar Peluso, *DJ* 20.2.2009).

9.1.4.4 A prova ilegítima: a prova emprestada

A doutrina do processo penal faz uma distinção conceitual entre a prova ilícita e a denominada prova *ilegítima*. Sequer a Lei nº 11.690/08, que tantas inovações trouxe no campo das provas, cuidou do tema. Fala-se, ali, em provas ilícitas como sendo aquelas obtidas *em violação a normas constitucionais ou legais* (art. 157, *caput*, CPP).

Ainda segundo a doutrina, as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual.

A distinção pode ser pertinente unicamente para facilitar a compreensão do que

sejam os momentos de *obtenção, introdução e produção e, ainda, de valoração da prova*. Quanto às consequências jurídicas, porém, não tem qualquer utilidade.

O melhor exemplo, e que facilita enormemente o entendimento acerca da distinção, é o da prova *emprestada*, isto é, a prova obtida a partir de outra produzida em processo distinto.

Em ação penal instaurada contra determinados réus, é possível, por exemplo, que, no caso de morte de uma testemunha, a acusação obtenha uma certidão de inteiro teor do depoimento por ela prestado *em outra ação penal*, envolvendo os mesmos fatos e *outros acusados*. Essa prova, assim obtida, seria denominada *emprestada*, porque produzida efetivamente em outro processo.

Como se percebe, a sua obtenção seria inteiramente lícita, não se podendo falar, ainda, em inadmissibilidade da prova.

Todavia, a sua introdução no novo processo e, sobretudo, a sua *valoração*, seria inadmissível, por manifesta violação do princípio do contraditório. Efetivamente, como os réus na nova ação não eram os mesmos daquela, no curso da qual teria sido produzida a aludida prova testemunhal, tem-se que eles não puderam manifestar-se concretamente sobre o conteúdo do depoimento constante da prova *assim emprestada*. Em tese, sempre em tese, é claro, poderiam eles, se ali presentes, confrontar o referido depoimento, demonstrando até mesmo (em tese) a sua falsidade, o que, com a morte da testemunha, e a juntada de simples certidão, seria rigorosamente impossível.

Por isso, porque atingido o direito ao contraditório, tal prova não poderia ser utilizada contra os réus. Não obstante, tanto o STJ quanto o STF vêm decidindo reiteradamente que a prova emprestada é válida, e que a possibilidade de contraditório *posterior* bastaria para torná-la admissível (STJ – Corte Especial EREsp nº 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi,julgado em 4.6.2014 [*Informativo* nº 543]; STF – Inq. nº 4.023, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 23.8.2016, Acórdão Eletrônico, *DJe* nº 185 de 1.9.2016).

Observaríamos, apenas, que o direito ao contraditório, parece-nos, não constitui uma norma de Direito Processual, ainda que no processo é que se efetive e se exerça.

A nosso aviso, toda garantia individual relativa ao *due process of law* tem conteúdo eminentemente material.

Seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima) são inadmissíveis no processo.

9.1.4.5 O aproveitamento da prova com exclusão da ilicitude

O que é inadmissível é a prova ilícita. Havendo situações reconhecidas pelo Direito como suficientes a afastar a ilicitude, as provas, assim produzidas, serão validamente aproveitadas no processo penal.

A exclusão poderá ocorrer em razão da presença de fatos e/ou circunstâncias que afastam a ilicitude da ação praticada, como também em razão de nem sequer se ter por configurada a hipótese de violação de qualquer direito e, por isso, não configurada a hipótese da ilicitude.

a) Excludentes de ilicitude

O Código Penal brasileiro prevê (art. 23) determinadas situações em que a ilicitude *geral* (e abstrata) da conduta seria afastada pelo que a doutrina denomina também de *causas de justificação*. Que sejam de *justificação* (da conduta) não temos dúvidas, mas que configurem *causas* não estamos convencidos, já que dizem respeito a determinadas e específicas *motivações* para a prática da ação típica. O que importa, todavia, é que, nessas situações (o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito), a ação típica realizada estará justificada aos olhos do Direito, não havendo de se falar em crime.

Assim, quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação.

Em consequência, estará também afastada a ilicitude da *obtenção* da prova, podendo ela ser regularmente introduzida e valorada no processo penal.

Como se percebe, o critério de ponderação entre o mal causado na infração praticada com finalidade defensiva e aquele que ocorreria com a possível condenação do inocente, é realizado, aqui, pelo próprio legislador. Mais adiante veremos se é possível a aplicação de critérios de ponderação, não mais pelo legislador, mas pelos próprios órgãos da jurisdição, quando, então, a questão se tornará muito mais complexa.

b) O flagrante delito

Ao abordarmos o tema da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, tentamos pôr em relevo a afetação de certos direitos que ocorre justamente no momento da obtenção da prova.

Realçamos o risco, sempre frequente, por ocasião da busca de provas de práticas criminosas, de serem atingidos os direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e outros, seja por meio da violação de domicílio, de correspondências, de comunicações telefônicas, seja por quaisquer outros métodos.

A ilicitude localiza-se, portanto, na violação de direitos.

A Constituição Federal de 1988, como visto, estabelece a inviolabilidade do domicílio, com o que alguém somente poderá nele adentrar, sem o consentimento do morador, para prestar socorro ou em situação de *flagrante delito*.

E que não haja dúvidas: a autorização constitucional para o ingresso em residência durante situação de flagrante delito prevalece em razão *do risco aos bens jurídicos* protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade e de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo *seu proprietário*, qualquer pessoa do povo estará autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio etc.). Evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua obtenção, quer quanto à sua produção e valoração no processo.

Nada terá de ilícita por uma razão bem simples: o Direito, salvo raras exceções,

não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo: o Direito não protege as violações praticadas contra ele mesmo (Direito).

À evidência, ninguém poderá argumentar, no interior de sua residência, que tem o direito de ali estuprar ou matar a pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade de domicílio. Esta inviolabilidade existe e somente existirá *na medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito* (à intimidade, à privacidade, por exemplo).

Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de *manter em depósito substância entorpecente* (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio, em razão de não se encontrar no exercício de qualquer um de seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (*de qualquer delito*), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional.

É claro que a *efetiva ocorrência* de situação de flagrante delito pode não ser tão facilmente demonstrada. É claro também que diligências policiais arbitrárias e abusivas poderão ser praticadas, sob o argumento de se tratar de flagrante delito, embora se comprove, posteriormente, que crime algum ocorria no interior da residência invadida. Esse é, porém, um risco que o constituinte preferiu correr, deixando o exame da pertinência e da regularidade da ação policial à prudente análise dos órgãos públicos responsáveis pela aplicação do Direito.

É bem de ver, nesse campo, que a matéria refoge um pouco ao âmbito estrito do processo penal, para se localizar no vasto terreno da ilicitude. E, aqui, será sempre possível, ao menos em tese, que também o Judiciário, que também o Ministério Público, que também os membros do Congresso Nacional, enfim, que qualquer servidor público ou agente político atue com desvio de finalidade, com arbitrariedade ou abuso de poder, ou que atue com violação às leis penais.

Por isso, é de se exigir, sempre, que toda ação policial ou de terceiros demonstre a idoneidade de sua conduta, a plausibilidade fática e a existência de indícios veementes da ocorrência do crime, para o fim de se justificar a atuação em uma

situação de flagrante delito. Do contrário, não havendo crime em curso, deverão eles responder criminalmente por suas ações (interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do douto Min. Rogério Schietti Cruz, não considerou *justa causa* para invasão domiciliar a fuga de um suspeito ante abordagem policial em conhecido ponto de venda de drogas, ainda que posteriormente tenha se encontrado substâncias ilícitas no ambiente – ou seja, mesmo se tratando de crime permanente! – REsp 1.574.681/RS).

Da mesma forma, aquele Tribunal entendeu que a simples denúncia anônima, ainda que acompanhada de *fuga* do acusado ao avistar a polícia, não é suficiente para autorizar a violação de domicílio, sendo consideradas ilícitas as provas colhidas na ocasião – RHC 89.853-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas. Também o Supremo Tribunal Federal tem sido rígido com a licitude de buscas e apreensões oriundas de denúncias anônimas, e, no julgamento do HC 180709/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, expressou que tais comunicações não podem embasar, por si só, medidas invasivas como interceptações, busca e apreensão etc., sendo necessária a complementação por diligências posteriores.

Diferentemente, iremos encontrar, fora dos exemplos relativos à inviolabilidade de domicílio, inúmeras outras situações em que a prova do delito seja obtida *durante a prática do crime*.

Isso ocorrerá por ocasião das chamadas gravações *ambientais*, ou seja, realizadas no meio ambiente, por meio de gravador, vídeos, em que a imagem do cometimento do crime é captada por alguém (geralmente um particular) durante a sua realização, o que ocorre, sobretudo, quando o delito é praticado em lugares públicos ou de acesso ao público.

A realidade tem nos mostrado a ação de pessoas que, por quaisquer razões, estejam filmando ou fotografando em determinados locais e terminam por gravar, acidental ou voluntariamente, a prática de inúmeros crimes.

Em todas essas situações, a prova do crime deve ser tranquilamente admitida no processo, porque obtidas *durante a prática do delito*, situação em que os seus autores jamais poderão alegar violação a qualquer de seus direitos (intimidade, privacidade,

imagem etc.), pela ausência de extensão a eles, *naquele momento*, das garantias constitucionais individuais. No momento do crime, que configura sempre uma violação de direitos, e não *exercício deles*, nenhuma norma de direito poderá proteger a ação delituosa.

Por isso, a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem a autorização do outro, poderá ser validamente utilizada, quando realizada durante o flagrante delito, como ocorre, por exemplo, durante o crime de extorsão mediante sequestro. Tratando-se de crime permanente, enquanto durar a sua permanência, as diligências adotadas para a sua apuração não configurarão ilicitude, no que disser respeito à suposta violação da intimidade e/ou privacidade dos autores e participantes. É o que decidiu o STF, embora com fundamentação não muito clara, no julgamento do HC nº 75.338-8/RJ,*DJU* de 25.9.1998. No mesmo sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça, no RHC nº 12.266/SP (STJ – Rel. Min. Hamilto Carvalhido, *DJ* 20.10.2003).

Cumpre distinguir: uma coisa é a prova obtida *durante* o flagrante delito, e outra, muito diferente, é a prova *produzida antes* do delito. Por exemplo: em uma interceptação telefônica (escuta) feita ilegalmente, sem autorização judicial, é gravada a prática de determinado crime (de ameaça, por exemplo). Nesse caso, a gravação não se *realizou* durante o flagrante delito; ao contrário, a prova resultou da prática *anterior* de uma ação criminosa (interceptação não autorizada – art. 10, Lei nº 9.296/96) e, por isso, não estará excluída a sua ilicitude (da prova).

Embora ilícita, pode até ser que semelhante prova possa vir a ser aproveitada, mas não sob essa fundamentação, isto é, da inexistência de ilicitude por ocasião da prova produzida em situação de flagrante delito.

Para um eventual aproveitamento dela, deverá haver fundamentação distinta, atendendo, sobretudo, à gravidade do caso concreto, por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, orientado sempre pela proibição de excesso, e/ou pela presença de uma excludente legal de ilicitude (caso de estado de necessidade, quando, por exemplo, fundada suspeita de crime de extorsão mediante sequestro).

9.1.4.6 O aproveitamento da prova ilícita: proporcionalidade, proibição de excesso (vedação de proteção deficiente?)

A Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo inteiro à proteção de direitos e garantias fundamentais, comprometendo-se a proteger direitos e interesses os mais variados.

Bastaria, porém, a simples consideração de que tais normas têm por destinatário *toda a coletividade*, para se saber que casos haverá em que a proteção de um implicará a não tutela de outro. Já aqui demos o exemplo da legítima defesa, e podemos alinhar um outro, realmente, clássico: o do estado de necessidade.

O conflito de interesses, presente na realidade da vida desde os primórdios da existência humana, é inevitável pelo simples fato da convivência social.

No plano da previsão normativa e, mais especificamente, no plano das normas constitucionais, por vezes será também impossível a proteção de todos os direitos assegurados na ordem jurídica, pelo fato de que, muito mais frequentemente do que se imagina, o exercício de um, por alguém, impedirá ou atingirá o exercício de outro, de um terceiro. Os exemplos são vários, bastando a referência às eventuais *tensões* presentes na aplicação de normas garantidoras do direito à livre informação (art. 5º, IV e IX) e o direito à imagem e à honra (art. 5º, X), bem como entre o direito à segurança pública e o direito à liberdade individual, ambos alinhados no *caput* do citado art. 5º.

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada *ponderação de bens e/ou de interesses*, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s). Fala-se, então, em *proporcionalidade*.

Na verdade, porém, não se trata nem de ponderação de interesse e nem de

ponderação de valores. Estes, valores e interesses, são escolhidos pelo legislador, seja ele o constituinte ou o parlamentar. Ao juiz, cabe apenas a escolha da *norma mais adequada* ao caso concreto. O critério de preferência não pode ser *axiológico*, isto é, *valorativo*, mas, sim, *deontológico*, na medida em que ambas as normas *devem ser cumpridas*. Daí as dificuldades: qual norma seria mais adequada em cada caso concreto de conflito?

Para não irmos muito longe, lembraríamos que Beccaria, no longínquo ano de 1764, no clássico *Dei deliti e delle pene* (Dos delitos e das penas), já lutava pela proporcionalidade das penas, no que tinham elas de excessivamente supliciantes e cruéis.

Posteriormente, plantando suas raízes no Direito Administrativo, quando foi utilizado como meio de limitação do excesso de poder, o princípio passou a ocupar lugar cativo na hermenêutica de todo o Direito e, de modo particular, no controle de constitucionalidade das leis.

No que mais de perto nos interessa, porém, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado pela jurisprudência da Alemanha e de alguns países da Europa para fins de permitir, sempre excepcionalmente, o aproveitamento de provas obtidas ilicitamente.

Para se ter uma ideia, a questão da proporcionalidade assume dimensões até mesmo de positividade expressa, isto é, de aplicação fundada em lei, como ocorre na França e na Inglaterra, onde as provas obtidas ilicitamente são utilizadas no processo, punindo-se, porém, os responsáveis pela sua produção.

Em relação a este último caso, da legislação francesa e inglesa, pensamos, todavia, com os olhos postos em nossa realidade, que essa realmente não é a melhor maneira de se tutelar os direitos e garantias individuais. Como anota Magalhães Gomes Filho, corre-se o risco de haver um verdadeiro incentivo da prática de ilegalidades, diante da menor expectativa que se deve ter de uma efetiva punição dos produtores da prova, até porque a prova estaria servindo aos interesses da acusação (1997, p. 102).

De outro lado, o Direito norte-americano, de onde, aliás, importamos a vedação

constitucional de admissibilidade de provas ilícitas, apesar da reconhecida tecnologia de provas ali existentes, exibe, como regra, quase absoluta, a vedação à prova ilícita, se e quando produzida pelos agentes do Estado. Ali, o princípio da *razoabilidade* está conectado, não com critérios de adequação, mas de *controle dos atos do poder público*. Exatamente por isso, inúmeros princípios são utilizados para fins de *afastamento* da ilicitude, tal como ocorre, por exemplo, com a *boa-fé* na obtenção da prova, ainda que contrariamente à regra legal.

No processo penal, como intuitivo, a aplicação da vedação das provas ilícitas, se considerada como garantia *absoluta*, poderá gerar, por vezes, situações de inegável desproporção, com a proteção conferida ao direito então violado (na produção da prova) em detrimento da proteção do direito da vítima do delito.

Pensamos que a questão, efetivamente, é das mais complexas e problemáticas do processo penal. Acreditamos que isso ocorra, sobretudo, pela impossibilidade de se fixar qualquer critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela aplicação da proporcionalidade.

E essa impossibilidade está ligada às razões legitimantes da própria norma constitucional. Se a vedação das provas ilícitas tem por objetivo, pelo menos um deles, e dos mais relevantes, o controle da atividade estatal persecutória, que é a responsável pela produção da prova, a existência de um critério fixo e objetivo já estimularia a prática da ilegalidade, quando se soubesse, previamente, a possibilidade do aproveitamento da prova. Surge, então, reclamando aplicação e força normativa o postulado da *vedação de excesso* a que nos referimos já no início desta obra, no tema alusivo ao *sistema dos direitos fundamentais*.

Todavia, cremos não ser *impossível* a sua aplicação, dependendo da hipótese concreta.

Em primeiro lugar, esclarecemos que o objeto de nossas preocupações é o aproveitamento da prova ilícita apenas quando favorável à acusação. E por uma razão até muito simples. A prova da *inocência* do réu deve *sempre ser aproveitada*, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita *ser inocente*. Em tal situação,

a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.

Aliás, o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério *objetivo* de proporcionalidade, dado que:

a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do *estado de necessidade*, excludente geral da ilicitude (não só penal!);
b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.

Voltando à questão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, diríamos que o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial* e *finalística* da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade *potencial* e *finalística* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.

E citamos exemplo. Exemplo, aliás, já mencionado em outro trabalho (OLIVEIRA 2001, p. 299), e aqui ora reproduzido.

Trata-se de decisão da Suprema Corte, no julgamento do RE nº 251.445/GO (*DJU* 3.8.2000), Relator o eminente Min. Celso de Mello, que afirmou a ilicitude e a inadmissibilidade da prova, em razão de ter sido obtida com violação do domicílio do suposto autor. O fato envolvia crimes de natureza sexual contra menores (registro e manutenção de fotografias pornográficas).

Acreditamos que a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade.

É que a aplicação da norma da vedação das provas ilícitas *naquele caso* não cumpriu qualquer um de seus propósitos finalísticos.

Ora, se a mais relevante função desempenhada pela garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, para além de sua dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, constata-se que, em nenhum momento, tal missão foi cumprida. Ou, mais ainda, que, em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas. E assim nos parece porque quem *produziu a prova* não foi o Estado, e, sim, um particular, que, à evidência, não se dedica a essa função (a de produtor de provas para o processo penal). Pior: um dos autores da subtração da prova era uma das vítimas.

Constata-se, com efeito, que o Estado não agiu com qualquer abuso de poder, ou com incentivo à ação abusiva por parte do menor, ao receber a prova de um fato praticado com violação ao direito.

Nesse passo, cabem algumas considerações acerca de uma suposta impossibilidade de se fazer distinções entre a prova ilícita produzida pelo Estado e aquela produzida pelo particular, como se observa, por exemplo, em Marinoni e Arenhart (2001, p. 305), no âmbito do que se convencionou denominar *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

A questão não se resolve pela afirmação de que os direitos de personalidade devem ser respeitados tanto na relação entre Estado e particulares quanto na relação entre particulares. É claro que devem.

Todavia, como reconhecem os mesmos autores, o critério de proporcionalidade reclama sua aplicação exatamente onde haja tensão entre princípios constitucionais de mesma grandeza. Não se pode perder de vista que o Direito Penal, com todas as suas fragilidades, sobretudo no que respeita às funções da sanção privativa da liberdade, tem como escopo não uma *reeducação ou ressocialização* do agente, ainda que essas constituam também *alguns* dos objetivos da *execução* da pena; o Direito Penal pretende cumprir uma missão inerente a *todo* o Direito, qual seja, a de proteção de *direitos*, individuais, coletivos e difusos. No seu caso específico, de proteção de *direitos fundamentais*, cuja intervenção dos demais ramos do Direito não tenha se revelado suficiente (essa, enfim, a justificativa da *intervenção penal mínima*).

Nesse quadro, o exame de cabimento do juízo de proporcionalidade deve passar também não só pela identificação de uma tensão ou conflito entre princípios constitucionais relativos à efetiva proteção de direitos fundamentais (do réu e da vítima), mas pela elaboração de critérios objetivos, tanto quanto possíveis, em que a escolha por um dos princípios possa não implicar o sacrifício integral do outro. Pertinentes aqui as ponderações de Robert Alexy, na sua teoria dos princípios como *mandados de otimização*, cuja aplicabilidade poderá ocorrer segundo *graus de efetividade*, de modo a permitir a convivência pacífica entre todos aqueles que integram o ordenamento (ALEXY, 1993, p. 130-133).

Ora, se é possível, como de fato nos parece, sustentar que a norma da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente destina-se prioritariamente (e não unicamente) ao Estado, no processo penal, dado que este é o produtor da prova, mesmo nas ações penais privadas, não há como negar que o referido princípio constitucional não perderia tanto em sua *efetividade* quanto aquele (princípio) que garante a proteção dos direitos fundamentais, e cuja violação se demonstraria por meio da prova ilicitamente obtida *pelo particular*.

É de se ver, mais, que se a atuação do particular, na busca da prova, estivesse dirigida pelos agentes do Estado, tais considerações não teriam cabimento, por óbvio. E também não se pode sustentar, por ora, no contexto de nossa realidade atual, que os particulares estariam sendo incentivados a buscar a prova, a qualquer custo, para com ela obterem a condenação de seu agressor. Se e quando isso ocorrer, semelhante realidade também haverá de integrar o conjunto dos elementos que devem ser considerados em quaisquer juízos de proporcionalidade.

Não bastasse, não havia, como não há, qualquer razão para que o autor da violação do domicílio não fosse (ou não seja ainda) responsabilizado por seus atos. É claro que, tratando-se de menor (como eram), as medidas cabíveis serão aquelas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas o que importa salientar é o não comprometimento da função investigatória estatal.

Não por outra razão, o Direito norte-americano, exatamente a fonte de nossa vedação das provas ilícitas, aceita, sem maiores problemas, a prova obtida

ilicitamente *por particulares*. É o que se observa na doutrina de Etxeberria Guridi (1999, p. 519-520) e de Gonzalez-Cuellar Serrano (1990, p. 331). O fundamento é o mesmo que acabamos de expor: a norma da vedação da prova ilícita dirige-se ao Estado, produtor da prova, e não ao particular.

De se ver, no particular, que a história do Supremo Tribunal Federal registra um caso em que se *deferiu* a produção de exame de DNA na placenta da gestante, suposta vítima de estupro nas dependências da Polícia Federal, recolhida *sem a autorização desta*, com fundamento em uma necessária ponderação, entre valores constitucionais contrapostos, admitindo, então, a aplicação da *proporcionalidade* na produção da prova (RCL nº 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, em 21.2.2002 –*Informativo STF* nº 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002).

Nesse caso, inegavelmente, a Suprema Corte valeu-se de critério de proporcionalidade para a aceitação de prova não prevista em lei, portanto, inicialmente *inadmissível*. E mais: *em favor* da acusação.

De nossa parte, estamos de acordo com a aludida decisão, sobretudo e particularmente porque a intervenção probatória não atingiu nem atingiria a integridade física da vítima. Cabível e oportuno o juízo de *proporcionalidade*, para uma adequada aplicação do Direito. Como veremos adiante, em determinadas circunstâncias (e uma delas é a *previsão em lei*), serão possíveis algumas intervenções corporais na produção da prova, mesmo quando em desfavor do réu.

9.2 Meios de prova

9.2.1 Do interrogatório

O interrogatório do acusado somente se realizará após a apresentação escrita da defesa (art. 396, CPP), e, na audiência una de instrução (art. 400, CPP), após a inquirição do ofendido, das testemunhas (de defesa e de acusação) e até dos esclarecimentos dos peritos, acareações e demais diligências probatórias que devam ali ser realizadas. É dizer: o interrogatório é o último ato da audiência de instrução, cabendo ao acusado escolher a estratégia de autodefesa que melhor consulte aos seus

interesses.

A Lei nº 11.343/06, a cuidar dos crimes de tráfico ilícito de drogas, prevê, contudo, que o interrogatório seria ainda o primeiro ato de inquirição (art. 57). Não obstante, nada impede a aplicação da regra prevista no atual CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, por analogia, também ao rito da Lei de Tóxicos, de modo a se realizar o aludido ato processual (do interrogatório) após a inquirição das testemunhas. Mas, note-se, somente a analogia justificaria a medida, diante dos termos expressos da atual redação do art. 394, § 4º, CPP, cabendo anotar que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar a respeito do tema, entendendo que não há qualquer vício no interrogatório do acusado como primeiro ato nos processos que seguem o rito da Lei de Tóxicos (STJ – HC nº 152776/RS, Rel. Jorge Mussi, em 8.11.2011).

Inicialmente concebido como um meio de prova, no qual o acusado era unicamente mais um objeto da prova, o interrogatório, na ordem atual, há de merecer nova leitura.

Que continue a ser uma espécie de prova, não há maiores problemas, até porque as demais espécies defensivas são também consideradas provas. Mas o fundamental, em uma concepção de processo via da qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa.

Trata-se, efetivamente, de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo.

E a conceituação do interrogatório como meio de defesa, e não de provas (ainda que ostente *valor probatório*), é riquíssima de consequências.

Em primeiro lugar, permite que se reconheça, na pessoa do acusado e de seu defensor, a titularidade sobre o juízo de conveniência e a oportunidade de prestar ele (o réu), ou não prestar, o seu depoimento. E a eles caberia, então, a escolha da opção mais favorável aos interesses defensivos. E é por isso que não se pode mais falar em

condução coercitiva do réu, para fins de interrogatório, parecendo-nos revogada a primeira parte do art. 260 do CPP. Fazemos a ressalva em relação à possibilidade de condução coercitiva *para o reconhecimento de pessoas*, meio de prova perfeitamente possível e admissível em nosso ordenamento.

Em segundo lugar, impõe, como sanção, a nulidade absoluta do processo, se realizado sem que se desse ao réu a oportunidade de se submeter ao interrogatório. Haveria, no caso, manifesta violação da ampla defesa, no que se refere à manifestação da *autodefesa*.

No início da primeira década deste século, todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ausência de interrogatório seria causa de nulidade relativa, sujeita, portanto, à preclusão (STF – HC nº 82.933-3/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, em 29.8.2003), reportando-se a outro acórdão daquela Corte, julgado no longínquo ano de 1991 (STF – HC nº 68.490/DF, Rel. Min. Celso Mello).

Cabem aqui algumas considerações.

Em primeiro lugar, no referido julgamento, tratava-se de réu *revel*, citado por edital, e que somente teve acesso aos autos após a sentença condenatória, da qual havia sido intimado pessoalmente (antes, portanto, da regra de suspensão do processo, art. 366, CPP). Assim, o que se sustentava no *habeas corpus* era a existência do direito ao interrogatório, *mesmo quando já encerrada regularmente* a instrução criminal. Nesse ponto, pode-se mesmo objetar que não teria ele *direito* ao interrogatório, já que, nos termos do art. 616 do CPP, o tribunal tem a *faculdade* de proceder a novo interrogatório, e não a *obrigação*.

Em segundo lugar, é de se ter em vista que uma coisa é o direito à *oportunidade* do interrogatório, e outra é o direito à sua realização obrigatória. De fato, se, uma vez intimado o réu (art. 399, CPP), regularmente, ele não comparece à audiência una (art. 400, CPP), não se pode mais falar em um direito *futuro* à repetição do interrogatório, isto é, a ser exercido em outra fase do processo, tendo em vista a já superação da etapa procedimental prevista para o exercício da *autodefesa*. Direito a ser ouvido, sim, mas não quando for conveniente apenas ao acusado.

Que não se queira, por isso, sustentar que a atual redação do art. 185 do CPP ("*O*

acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado") estaria permitindo que o acusado, a qualquer momento que assim o desejasse, teria o direito a ser ouvido pelo juiz da causa.

Que ele tem direito a *ser ouvido* é mais que certo, independentemente da nova Lei nº 10.792, pois já era uma exigência do Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, 1) Todavia, o exercício desse direito ocorrerá segundo o devido procedimento legal, e não segundo a vontade exclusiva do réu. O eventual não comparecimento na data de audiência una designada pelo juízo, *enquanto não justificado*, pode e deve ser entendido como manifestação do direito ao silêncio, afinal ninguém pode ser coagido a comparecer perante o juiz, a não ser quando se tratar de *réu preso*, eis que o réu não pode manifestar livremente a sua vontade. E, nos termos do art. 399, § 1º, CPP, o acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 185, com a redação dada pela Lei nº 11.900/09.

É bem de ver, ainda, que, nos termos do atual art. 366 do CPP, tendo havido a citação por edital, o curso do processo será suspenso, como suspenso será o prazo prescricional. As decisões anteriormente mencionadas certamente referem-se a fatos anteriores à alteração do citado art. 366 (Lei nº 9.271/96). E mais. O veto oposto pelo Presidente da República à atual redação do art. 366, *caput*, do CPP, dada pela Lei nº 11.719/08, não tem como consequência a revogação de seus termos. Vale, então, o texto não modificado, isto é, a redação da Lei nº 9.271/96.

De mais a mais, não bastasse a norma do tratado internacional assegurando o *direito a ser ouvido* pelo juiz da causa, em prazo razoável (art. 8º, 1), há outros dispositivos no Código de Processo Penal que reforçam a *conveniência* (já não mais a obrigatoriedade) de semelhante providência, consoante se observa no art. 196, CPP (com a redação dada pela Lei nº 10.792/03) e art. 616, CPP, no sentido de se permitir ao juiz, em primeira instância, novo interrogatório do réu, e também ao Tribunal, já em grau de recurso, proceder à inquirição do acusado.

A partir da Lei nº 10.792/03, que alterou diversos dispositivos do Código de

Processo Penal, e nos termos do novo art. 185 do CPP, o interrogatório do acusado será feito *na presença de seu defensor*, constituído ou nomeado (dativo ou *ad hoc*).

A nulidade, pela não observância do referido dispositivo, então, será *absoluta*. É que a garantia da participação da defesa técnica (e da acusação, é claro), condicionada unicamente ao exame da pertinência e relevância das perguntas (art. 188, CPP), alcançou, portanto, o *status* de garantia individual fundamental, assegurando-se também o direito de *entrevista reservada* do acusado com seu defensor (art. 185, § 5º).

Anote-se, no ponto, que a garantia de intervenção da defesa no interrogatório poderá implicar a necessidade de nomeação de diferentes advogados aos acusados, nas hipóteses de conflito de interesses entre os corréus. E sob pena de nulidade absoluta, é claro.

Já quanto ao descumprimento da *entrevista reservada* com o advogado, observa-se que com o novo rito implementado pela Lei nº 11.719/08 os riscos à defesa são praticamente inexistentes. Mas, se a tanto se chegar, a nulidade, em princípio, será absoluta.

Nos termos do art. 396, CPP, uma vez recebida a denúncia, o acusado será citado para apresentar defesa escrita no prazo de dez dias. Se ele não tiver defensor, o juiz lhe nomeará um. Só após essa providência é que será designada a audiência una para inquirição do ofendido, das testemunhas, peritos, e, finalmente, para o interrogatório do acusado. Assim, o interrogatório somente ocorrerá após o pleno conhecimento da instrução, ocasião em que o réu já estaria habilitado a manifestar-se sem surpresas.

Note-se que o art. 185, § 5º, com redação dada pela Lei nº 11.900/09, garante o direito à entrevista prévia do acusado com seu defensor, mesmo nas hipóteses de interrogatório por videoconferência, nas excepcionais hipóteses em que cabível (art. 185, § 2º, CPP). Assim, a exigência de resposta escrita antes do aludido ato judicial, aliado à entrevista com o defensor, poderá ampliar as possibilidades defensivas do acusado. Isso, em tese, porque, na prática, se o defensor apresentar resposta escrita sem se entrevistar com o réu, a única matéria que lhe restará impugnar com maior eficiência será a de direito e não a de fato.

Logo adiante, por ocasião do exame do procedimento no interrogatório, abordaremos as modificações trazidas pela Lei nº 11.900/09, que cuida do interrogatório do réu preso, dentre outras disposições.

Por último, a concepção do interrogatório como essencialmente um meio de defesa, com o reconhecimento do direito ao silêncio, tem por consequência a conclusão no sentido de que o não comparecimento do réu ao referido ato não poderá implicar a aplicação de quaisquer sanções processuais, daí por que inaplicável o agravamento de eventual medida cautelar imposta, a menos que se possa justificar a ausência no interrogatório como indício claro de risco à aplicação da lei penal.

Por isso, e por que se trata de exercício de *direito*, a ele não se poderá impor nem a *revelia*, que significa a dispensa de intimações para os atos subsequentes, nem a restauração da prisão para aquele que se encontrar em *liberdade provisória* (art. 310, *caput* e seu parágrafo único).

9.2.1.1 Direito ao silêncio e não autoincriminação

O direito ao silêncio, cuja origem deita raízes na Idade Média e início da Renascença (Haddad, 2000, p. 141), é a versão nacional do *privilege against self-incrimination* do Direito anglo-americano.

O princípio do direito ao silêncio, tradução de uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere* (*ninguém é obrigado a se descobrir*), foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo.

No Brasil, com a Constituição de 1988 (art. 5º, LXIII) e com o art. 8º, 1, do Pact de San José da Costa Rica (Decreto nº 678/92), há regra expressa assegurando ao preso e ao acusado, em todas as fases do processo, o direito *a permanecer calado*. Embora não haja previsão expressa do direito à não autoincriminação, pode-se, contudo, extrair o princípio do sistema de garantias constitucionais.

Beccaria, nos idos de 1764, já se batia contra a exigência de *juramento* do réu, afirmando que

"uma contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir para a própria destruição; como se a religião não se calasse, na maioria dos homens, quando fala o interesse" (BECCARIA, 1997, p. 78).

O direito ao silêncio tem em mira não um suposto direito à mentira, como ainda se nota em algumas doutrinas, mas à proteção contra as hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado em atos de natureza *inquisitiva*. Primeiro, nas jurisdições eclesiásticas; depois, no Estado Absolutista, e, mesmo na modernidade, pelas autoridades responsáveis pelas investigações criminais.

Não é porque se reconhece o direito à defesa que se permitiria que o acusado, por exemplo, atribuísse falsamente a prática do crime a terceiros, com o fim de se ver livre da acusação. Nessa hipótese, ao menos em tese, estaria configurado o delito do art. 339 do CP (denunciação caluniosa). Evidentemente, estamos nos referindo unicamente à questão relativa à tipicidade da conduta; a questão referente à eventual excludente de ilicitude (estado de necessidade) não se inclui no âmbito temático de nossas reflexões.

O princípio atua ainda na tutela da integridade física do réu, na medida em que *autoriza expressamente* a não participação dele na formação da culpa.

E no que, a nosso juízo, tem de mais relevante, atua no controle da qualidade e idoneidade do material probatório, bem como no controle da motivação das decisões judiciais, sobretudo as condenatórias.

Com efeito, ao permitir-se, como regra legal, o silêncio no curso da ação penal, o sistema impede a utilização, pelo(s) julgador(es), de critérios *exclusivamente subjetivos* na formação do convencimento judicial. Dessa maneira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições, *não relevantes*, ou, ainda, lapsos de memória ou coisa que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou do tribunal. De outra forma: evita-se o estímulo à cultura do *quem cala consente*, que não oferece padrões mínimos, seja de ordem psicanalítica, jurídica, espiritual, seja de qualquer outra

espécie, para a reprodução de verdade alguma.

De se ver que as disposições do Código de Processo Penal em relação ao Júri (Lei nº 11.689/08) não mais contemplam a exigência da presença do acusado nos processos do Tribunal do Júri, nos casos de crime inafiançável, conforme previa a antiga e revogada redação do art. 451 do CPP. Sobre a inconstitucionalidade da exigência, havia divergência jurisprudencial. No sentido da inconstitucionalidade, julgado do STJ (*RT* nº 710/344); da constitucionalidade, jurisprudência da Suprema Corte (HC nº 71.923-6/PE, *DJU* de 24.2.1995). A questão, então, parece resolvida.

E a mudança há de ser aplaudida. É que o julgamento feito pelo Tribunal do Júri não impõe o dever de motivação da decisão, vigendo, como se sabe, a regra da íntima convicção, segundo a qual os jurados não estão obrigados a fundamentar as respostas à quesitação. Assim, quem se atreverá a exercer o direito ao silêncio correndo o risco, historicamente comprovado, de ver utilizado contra si tal direito?

Com a Lei nº 11.689/08, e mais, desde a Lei nº 10.792/03, o que já se continha de modo implícito no ordenamento jurídico brasileiro, por força do texto constitucional, ocupa definitivamente seu espaço no Direito Processual Penal:

a) em primeiro lugar, a exigência de se esclarecer o acusado de seu direito a permanecer calado e a não responder perguntas, nos exatos termos do disposto no art. 186, *caput*, do CPP, cuja redação anterior encontrava-se já revogada;
b) em segundo lugar, a vedação de *valoração* do silêncio em prejuízo da defesa, conforme se acha também expresso no parágrafo único do mesmo art. 186 do CPP. Nada mais evidente: se é de *direito* que estamos falando, como poderia ser sancionado o seu *exercício*?

Entretanto, há algumas questões que devem ser esclarecidas.

O exercício do *direito ao silêncio* pode ser caracterizado como uma intervenção *passiva* do acusado, no sentido de uma manifestação defensiva *não impugnativa* dos fatos articulados na acusação, já que os ônus de sua prova são exclusivos do Ministério Público, na ação pública, e do querelante, na ação privada. Diz-se *passiva*

pela ausência de impugnação expressa.

Quando, porém, o réu preferir manifestar-se oralmente durante o interrogatório, submetendo-se às perguntas das partes e eventualmente do juiz, ele estará exercitando o que se denomina *autodefesa ativa*, assim caracterizada pela atuação efetiva do acusado em relação aos fatos a ele imputados.

Seja como for, o que estará em cena é o exercício de uma das várias modalidades de participação da defesa no processo, isto é, o que se estará exercendo (a *autodefesa*) é um dos "atributos" do princípio da *ampla defesa*. E, por isso, fazia-se necessária a nomeação de um defensor, o que veio a ser corrigido (ou explicitado) com a Lei nº 10.792/03.

E exercido que seja o direito de *autodefesa* ativa, ou seja, tendo optado o acusado pela manifestação em interrogatório, submetendo-se às perguntas que lhe forem dirigidas, parece-nos irrecusável a conclusão no sentido de que a *versão* dos fatos por ele apresentada poderá ser livremente valorada pelo juiz, no que se refere à *consistência* lógica e *verossimilhança* das alegações, do mesmíssimo modo que ocorre em relação à valoração de qualquer peça defensiva *escrita*.

Não há, obviamente, nenhuma exigência legal de aceitação, pelo juiz, da veracidade do que é alegado pelo acusado. Não há dúvida de que os ônus da prova da ocorrência de um fato criminoso recaem todos sobre a acusação. Mas não menos verdadeira é a conclusão de que a *qualidade probatória* de determinado meio de prova poderá ser robustecida pela *fragilidade* ou *inconsistência* de uma alegação articulada pela defesa. Dizer, em um primeiro momento, que o réu *não estava* no local do crime, para, depois, assegurar que, *se ele estivesse*, os tiros teriam sido disparados em *legítima defesa*, pode tornar efetivamente inconsistente a primeira alegação, ainda que explicável pela regra (processual) da *eventualidade*.

Hipótese mais complexa, todavia, poderá ocorrer quando o acusado, dispondo-se a participar *ativamente* do interrogatório, se vir indagado sobre determinada questão e pretender valer-se do direito ao silêncio. É dizer: pode-se exercer o direito ao silêncio *parcial?*

No Direito *anglo-americano*, o problema jamais se poria. Ou bem o acusado

exerce o direito a *não ser interrogado*, ou bem se submete, como qualquer testemunha, ao *dever de depor* e ao dever de dizer a verdade. No Direito alemão, também não se admite o silêncio *parcial*, embora sob outra fundamentação, conforme anota Claus Roxin (2000).

Nossa legislação, sobretudo com a Lei nº 10.792/03, não resolve definitivamente o problema. Mais que isso: deixa uma incógnita no ar... É ver.

O art. 186 do CPP afirma o direito ao silêncio *e o de não responder as perguntas que lhe forem formuladas*, assegurando também que o silêncio não importará confissão nem poderá *ser interpretado em prejuízo da defesa*. Ora, que o silêncio não deve ser valorado explica-se pelo fato de que a idoneidade probatória de semelhante postura, para fins da construção da certeza judicial, é de uma pobreza franciscana. Ademais ao assegurar-se o direito ao silêncio, preserva-se a integridade física e psíquica do réu, na medida em que este pode vir a ser constrangido, moral ou fisicamente, a apresentar uma versão coerente com os interesses acusatórios, na hipótese de inexistência desse direito. Afinal, quem se vê *obrigado* a dizer *algo*, pode se ver compelido a dizer *algo já determinado*.

Mas tudo o que dissemos acerca da valoração da consistência lógica e verossimilhança das alegações do acusado na *autodefesa ativa* pode ser aqui reafirmado, com as seguintes restrições:

a) se há o direito a não responder perguntas (sem especificação, no que se refere à *totalidade* ou *individualidade* delas), o silêncio *em relação a elas*, ou a algumas delas, não poderá ser valorado em prejuízo da defesa;
b) todavia, como não existe também uma obrigação legal à *aceitação da veracidade do depoimento* do acusado, o juiz poderá livremente desconsiderar a idoneidade probatória de uma versão defensiva que se mostre desconectada de sentido ou de lógica argumentativa, o que fatalmente ocorrerá quando o réu passar a *escolher* as perguntas de sua preferência. Mais que isso: quando ele não *conseguir*, satisfatoriamente, responder a uma indagação que esteja a questionar uma afirmação anterior. Nesse caso, não se cuidará de *valoração*

do silêncio, mas de reconhecimento da inconsistência do *conjunto* da *autodefesa*.

Entretanto, embora inquestionável o fato de ser admissível a valoração do depoimento, na hipótese de autodefesa ativa, nos limites anteriormente mencionados, diante de eventual inconsistência, julgamos ser absolutamente impensável a possibilidade de se querer submeter o acusado ao procedimento de acareação (arts. 229 e seguintes, CPP). A acareação, como se verá, é meio de prova (aliás, de eficiência bastante discutível) cujo objetivo é demonstrar e esclarecer eventuais contradições entre versões apresentadas sobre um mesmo fenômeno da realidade, com o objetivo de apontar aquela mais próxima da *verdade*. Ora, se é da verdade que se cuida, o que dizer do confronto entre versões oferecidas por quem não está obrigado por lei a dizer a verdade, caso do réu, e por aqueles legalmente comprometidos com esta, caso típico da *testemunha*?

O que poderá ocorrer, na espécie, e na fase do julgamento da causa, é a *valoração* do depoimento prestado no interrogatório, ainda que *negativa* ou prejudicial aos interesses do réu. Aliás, isso ocorrerá do mesmo modo que compete ao julgador apreciar livremente o conteúdo de *todo o material defensivo* articulado nos autos, em face das provas apresentadas pela acusação, para o fim de formação de seu convencimento. Nunca a *acareação* entre teses defensivas e teses acusatórias!

Consequência lógica da aplicação do direito ao silêncio é a exigência que se impõe às autoridades, policiais e judiciais, da advertência ao réu de seu direito de permanecer em silêncio (art. 186, *caput*, CPP), sob pena de nulidade. Não fosse assim, na prática, o princípio jamais seria observado, como não o foi no famoso e paradigmático precedente da jurisprudência norte-americana, *Miranda* vs. *Arizona*, em 1966, no qual se anulou a confissão prestada pelo réu, por ausência de informação de seus direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado. Nesse sentido, STF – HC nº 78.708-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 16.4.1999.

Mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos

extorsivos da confissão, que vem a ser a *ratio essendi* da norma.

A respeito do dever de informação, interessante debate surgiu na Alemanha após decisão prolatada pelo 4º Senado do *Bundesgerichtshof* (BGHSt, 53, p. 112 e ss), que concluiu que o interrogatório do acusado prestado em juízo não poderia ser valorado, não pela ausência da informação do direito ao silêncio ao interrogando em juízo, mas pela ausência da informação de que o depoimento prestado anteriormente em sede policial, sem que se prestasse igual informação (do direito ao silêncio), não poderia ser considerado para fins de prova.

Sobre a decisão, Claus ROXIN (Por uma proibição de valorar a prova nos caso de omissão do dever de informação qualificada, *Revista Liberdades*, v. 4, IBCCRIM Trad. Alaor Leite) designou de dever de informação qualificada o dever do juízo de informar ao interrogando que o depoimento em sede policial, prestado sem a observância do direito ao silêncio, não pode acarretar qualquer consequência desfavorável na hipótese de exercício, agora em sede de procedimento judicial, do seu direito ao silêncio. A omissão do dever de informação qualificada implica na impossibilidade de valoração da prova.

Observe-se que, ao contrário do que ocorre aqui, na Alemanha e nos EUA – neste país, desde Miranda × Arizona (1966) – o depoimento prestado na fase de investigação pode ser valorado, desde que observado o dever de informação acerca do direito ao silêncio. No Brasil, ainda que tal direito seja efetivamente esclarecido no inquérito policial, o depoimento não terá validade se não confirmado em juízo. Ao menos como regra geral.

Os limites de aplicabilidade do princípio do direito ao silêncio, bem como a sua respectiva fundamentação, serão renovados no item seguinte, por ocasião do tema relativo às intervenções corporais.

9.2.1.2 Intervenções corporais

As legislações europeias, de modo geral, bem como a anglo-americana e algumas de países da América do Sul, como ocorre, nesses países, com a Argentina (art. 218,

Código Procesal Penal de la Nación), por exemplo, preveem situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero *objeto* do processo, deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias.

Em todos os casos, porém, como regra, deverá haver previsão expressa na lei e controle judicial da prova. É o que ocorre, nesses países, com os exames para coleta de sangue, com os testes para a comprovação de DNA – desde que realizados por médicos –, os exames de alcoolemia, o fornecimento de padrões gráficos e de voz etc., para a realização de perícia técnica.

É bem de ver que em todas as legislações citadas há também previsão e aplicação do princípio da não autoincriminação, mas nos limites de suas concretas finalidades, que é a proteção da dignidade humana da pessoa, da sua integridade, física e mental, de sua capacidade de autodeterminação e do exercício efetivo do direito de não ser obrigado a depor contra si.

E exatamente por que se trata de medidas dirigidas contra a pessoa do acusado, cujas consequências geralmente afetam, em certa medida, a sua inviolabilidade pessoal, elas devem se submeter a exigências extremamente rígidas, no que se refere à possibilidade de sua aplicação.

É preciso, primeiro, expressa previsão na lei. Em segundo lugar, é preciso que se cuide de infração penal para cuja comprovação o exame pericial técnico seja efetivamente necessário, quer pela complexidade do crime, quer pela impossibilidade prática de obtenção de outras provas. É também necessário que a diligência se realize sob o controle judicial, exceto nos casos de urgência inadiável, quando o controle deverá ser feito posteriormente.

No Brasil, as intervenções corporais previstas em lei são pouquíssimas e, não bastasse, nem sempre vêm sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, geralmente sob a fundamentação – equivocada, segundo nos parece – de desrespeito a um suposto princípio constitucional da não autoincriminação.

Nesse sentido, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu o direito de um acusado a não fornecer padrões gráficos para exame pericial, ao entendimento de que o réu não era obrigado a fazer prova contra si (STF – HC nº 77135/SP, Rel. Ilmar Galvão

em *DJ* 6.11.1998). Igual ponto de vista poderia ser aplicado também ao conhecido *bafômetro*, que vem a ser o teste de alcoolemia, para fins de comprovação da quantidade alcoólica ingerida pela pessoa. Aliás, parece-nos que o bafômetro deve ser criticado muito mais por questões técnicas, no plano da qualidade e da idoneidade de sua eficácia probatória, do que por suposta violação do direito ao silêncio.

Saliente-se que ambas as formas de ingerência corporal têm previsão legal (art. 174, CPP, e art. 306, § 2º, Lei nº 9.503/97, com redação dada pela Lei nº 12.971/14), e, a nosso aviso, satisfazem, em tese, as exigências normalmente requeridas para a aplicação de semelhante modalidade probatória.

Conforme já anotamos em outro local (*Breves notas sobre a não autoincriminação*, disponível em: <www.eugeniopacelli.com.br>), reina entre nós a mais completa incompreensão acerca do alcance e da respectiva fundamentação do *nemo tenetur se detegere*. E o registro há que restar limitado à doutrina e jurisprudência brasileiras, já que não se encontra desorientação semelhante – ou, com as mesmas dimensões! – no direito comparado. Já se sustentou por aqui, aliás, que o réu teria *direito à fuga* (de fato, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal em 2018, que acertadamente excluiu essa interpretação – RE nº 971.959/RS, Rel. Min Luiz Fux, julgado em 14.11.2018).

Ora, ao que parece, confundem-se comportamentos que *podem* (ou não!) ser *justificados* ou *inexigíveis* – excluindo-se, assim, a ilicitude ou a culpabilidade, conforme for o caso – com *direito subjetivo*. E o equívoco é inaceitável.

Direitos subjetivos são oponíveis a todos, que lhe devem respeito e observância. Aquele que foge após causar um acidente de trânsito, deixando vítimas prostradas e em situação de risco à vida, não está a exercer qualquer direito a não fazer prova contra si!!! Na verdade, ele, em princípio, estará sob as luzes do art. 304, Lei nº 9.503/97, por deixar de cumprir um dever legal e validamente imposto a todos, desde que não haja qualquer risco pessoal para o agente do fato. A fuga do local poderá até ser compreendida juridicamente como eventual excludente de culpabilidade (ou até de ilicitude), tudo a depender do caso concreto, mas jamais como direito subjetivo. Houvesse esse direito, sequer se poderia pensar na prisão em flagrante do autor da

conduta.

Insustentável, portanto, a tese que vem de se defender no Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no julgamento do HC 166377, Rel. o eminente Min. Og Fernandes, no qual se chegou a afirmar que a exigibilidade à submissão ao teste do bafômetro constituiria violação ao *direito à não autoincriminação*. Pelas razões já expostas, não nos alinhamos ao referido entendimento, preferindo acompanhar a experiência e o direito comparado, no qual não se tem notícia, ao menos no mundo ocidental, de qualquer proibição ao referido teste do bafômetro ou a outro teste de alcoolemia, apesar das aludidas ordens jurídicas também acolherem o direito ao silêncio.

O que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, bem como a sua capacidade de autodeterminação, daí por que são inadmissíveis exames como o do *soro da verdade* ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade. E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência. Reputamos, por isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como *reprodução simulada* ou *reconstituição dos fatos* (art. 7º, CPP).

Assim, não vemos também como acatar a decisão antes mencionada, da Suprema Corte, acerca da exigência de fornecimento de padrões gráficos. Não enxergamos como a coleta de manuscrito de alguém pode afetar quaisquer dos valores protegidos pelo princípio da não autoincriminação ou do direito ao silêncio, parecendo-nos exorbitante do âmbito de proteção da norma constitucional a referida decisão.

Mantendo-se semelhante ponto de vista, em breve também não se aceitará mais a diligência probatória intitulada *reconhecimento de pessoas*, conforme previsão do art. 226 e seguintes do CPP, tendo em vista que ali também se exige um *comportamento ativo* do acusado. Por que razão quem pode se recusar a fornecer padrões gráficos estaria obrigado a se posicionar, de frente, de perfil, de costas, contra a sua vontade e contra os seus interesses?

Note-se que nossa legislação civil caminha em outra direção, conforme se vê do

disposto no art. 15 do Código Civil. *"Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica." A contrario sensu*, portanto, inexistindo qualquer afetação aos direitos da personalidade, são aceitáveis determinadas intervenções, sobretudo quando não invasivas. Se restassem dúvidas quanto a isso, leia-se o disposto no art. 232 do mesmo Código Civil: *"Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame."*

Noutro giro, mas ainda nesse contexto, impende observar que, embora *pertencentes* ao acusado, determinados objetos materiais e/ou substâncias orgânicas poderão validamente ser objeto de prova (pertences pessoais, impressões digitais etc.), desde que:

a) tenham sido *disponibilizados* por ele, isto é, *dispensados* voluntariamente de seu domínio (cigarros, por exemplo);
b) embora involuntariamente, caso de um acidente ou no curso de quaisquer ações criminosas, estejam ao alcance de terceiros e fora da disponibilidade do agente (sangue e/ou material para exame de DNA), desde que, evidentemente, a sua utilização (das substâncias orgânicas) não cause nem possa causar qualquer tipo de dano à integridade física, psíquica ou à dignidade do suspeito/indiciado/acusado.

Esta é uma conclusão que nos parece de uma evidência solar, daí por que não acreditamos que ela seria ou será infirmada por nossas Cortes Superiores, malgrado o entendimento que acabamos de expor. Determinadas intervenções corporais, quando não puserem em risco a integridade física e psíquica do acusado em processo penal, e desde que previstas em lei, não encontram obstáculos em quaisquer princípios constitucionais, sobretudo quando se destinarem a colher prova em crimes que atingiram direitos fundamentais das vítimas. Afinal, o Direito Penal, intervenção estatal mais radical, não é também destinado à proteção dos direitos fundamentais?

Precisamente por isso, não vemos inconstitucionalidade absoluta na Lei nº 12.760/12, que promoveu importantes alterações em nossa legislação de trânsito (Lei

nº 9.503/97), no que toca à previsão de submissão daquele que se envolver em acidente de trânsito ou que for preso em flagrante a testes de alcoolemia, seja por meio de bafômetro, seja por perícia médica (art. 277 e art. 306, CTB).

O que não impede que tenhamos que reduzir o alcance de algumas dessas normas, e, particularmente, em relação ao disposto no art. 277, que estabelece a possibilidade de condução coercitiva daquele que apresentar sinais de embriaguez ou de uso de outra substância psicoativa que determine dependência, a partir do envolvimento em acidente de trânsito ou mesmo por constatação realizada em fiscalização de agentes de trânsito.

Ora, tal como disposto, abrem-se à autoridade policial duas possibilidades: (a) a prisão em flagrante pela prática do crime capitulado no art. 306 (CTB), e (b) condução coercitiva, para fins de avaliação da embriaguez ou perda de capacidade psicomotora, diante das normas reguladoras de infrações administrativas (art. 165 e art. 276, CTB). Neste último caso, duas circunstâncias justificariam a condução coercitiva: o envolvimento em acidente de trânsito ou a suspeita decorrente de fiscalização dos órgãos competentes de trânsito.

Na hipótese de prisão em flagrante, e como deve ocorrer em quaisquer outras modalidades criminosas, impõe-se que o ato somente seja praticado à vista de elementos seguros quanto à configuração do tipo. É dizer, nos casos de trânsito, o flagrante apenas se justificará quando houver material informativo (probatório) suficiente para comprovar a efetiva perda ou redução da capacidade psicomotora. E, sabemos todos, que tais situações são mais frequentes do que se pensa! Provas testemunhais quanto à articulação da fala, a higidez de raciocínio e a movimentação corporal poderão atestar uma situação de risco que legitima a possibilidade da prática do crime. Imagens e vídeos também foram incluídos como meio de prova pela Lei nº 12.760/12. Naturalmente, estamos nos referindo à hipótese em que o agente se recuse ao uso do bafômetro.

Nas demais hipóteses, em que não se identifique suficientemente a prática de infração penal, pensamos que apenas quando houver o envolvimento em acidente de trânsito ou o risco manifesto ou evidente de que tal venha a ocorrer é que se deverá

recorrer à condução coercitiva, para fins do art. 277, CTB. O fato apenas da fiscalização, sem que se possa ter segurança quanto ao grau de comprometimento ou quanto ao efetivo consumo de bebida alcoólica ou outra substância entorpecente, poderá dar lugar a excessos incontroláveis por parte dos agentes públicos.

De todo modo, uma vez que se legitime a condução coercitiva ou a prisão em flagrante, fato é que o agente poderá ser submetido à perícia médica, sem que isso importe qualquer violação a direito individual. A intervenção corporal então prevista (Lei nº 12.760/12), desde que realizada por médico – e justificada, repita-se! – nada tem de inconstitucional. E que se esclareça também que: (a) não há previsão legal de extração de sangue, como ocorre, por exemplo, no art. 81 do Código de Processo penal alemão; (b) do mesmo modo que o agente não pode ser *compelido* a soprar o bafômetro (sem que isso implique *direito subjetivo a não fazer prova contra si*), não poderá ele ser forçado a realizar atos físicos em que exijam manifestação ativa de sua vontade; (c) no entanto, poderá ser submetido ao exame médico *passivo*, a ser feito sem ingerência corporal abusiva ou ilegal.

Uma modalidade também de intervenção corporal normalmente aceita sem maiores questionamentos diz respeito à *identificação criminal*, atualmente prevista na Lei nº 12.037, de outubro de 2009. Já veremos a Lei nº 12.654/12, que instituiu a identificação criminal genética.

Nela se prevê a identificação *datiloscópica* e *fotográfica* para quaisquer pessoas que não apresentem identificação civil, desde que, é claro, achem-se submetidas à persecução penal (art. 1º).

Prevê, ainda, a identificação pelo processo *datiloscópico* e *fotográfico* mesmo para aqueles já identificados civilmente, quando (art. 3º):

a) o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação (I);
b) o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciad (II);
c) o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si (III);

d) a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (IV);
e) constar de registros policiais o uso de nomes ou diferentes qualificações (V);
f) o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais (VI).

Como se vê, a atual legislação modifica sensivelmente o tratamento do indiciado, somente admitindo a identificação criminal daquele civilmente identificado em situações em que se possa questionar a aludida identificação (art. 3º, I, II, III, V e VI pelos aspectos intrínsecos dos documentos apresentados, ou, também, pela existência de anterior utilização de registros diferentes. Fora de tais hipóteses, somente por autorização judicial se determinará a medida (de identificação criminal do civilmente identificado).

Obviamente, a decisão judicial haverá que ser fundamentada, orientando-se por eventuais necessidades acautelatórias da investigação ou mesmo no interesse no indiciado. Não são raros os casos de homonímia e de dúvidas sobre a fotografia do documento e sua correspondência com a pessoa investigada. Note-se que no delito de *uso de documento* por terceiros, embora a documentação apresentada não seja materialmente falsa, a sua utilização o será, do ponto de vista *ideológico*, evidentemente. Toda cautela é pouco.

Além de vedar eventuais constrangimentos por ocasião da identificação (art. 4º), a Lei autoriza a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou do processo, quando rejeitada ou não oferecida a denúncia ou em caso de absolvição do acusado, desde que comprovada a identidade civil (art. 7º).

E também dispõe ser vedada a referência da identificação criminal em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 6º).

Mas que se esclareça: o que é proibido, sobretudo em relação ao atestado de antecedentes, é a remessa da identificação à autoridade que não seja o juiz criminal. É dizer: a regra é que a identificação criminal se destine apenas ao juiz criminal, se antes do trânsito em julgado.

No entanto, não há como negar que, em determinadas e excepcionais situações, a identificação criminal poderá ser requisitada por juiz cível, quando presente situação de risco à pessoa. Exemplos: em alguns casos de competência dos Juizados da Violência Doméstica, mesmo que ainda sem a ocorrência de violência real ou moral, pode se revelar indispensável a investigação sobre *fatos anteriores* (casamento etc.), a fim de se proteger a mulher contra situações de risco futuro. Do mesmo modo, no âmbito dos Juizados da Juventude e Adolescência, que, rigorosamente, não cuidam de matéria criminal.

De se ver, ainda, que a previsão de retirada da identificação criminal em autos de inquérito policial (art. 7º), sobretudo no caso de não oferecimento de denúncia (arquivamento, pois), nem sempre se justificará. É que, quando as razões de arquivamento repousarem em ausência de provas, e, a depender da natureza do delito investigado, pode ser absolutamente necessária a manutenção da identificação criminal, com o objetivo de permitir a maior abrangência de novas investigações e para evitar também a repetição de procedimentos já realizados. No caso de absolvição, não. O afastamento concreto da pretensão punitiva, naquele caso, justificaria a retirada dos autos.

Note-se, mais, que a Lei nº 12.037/09, não faz distinções quanto à adoção e proibição do reconhecimento datiloscópico e do fotográfico (art. 5º), o que nos parece um grande equívoco. A identificação *fotográfica* traz a marca indelével da *temporalidade*, o que permite a identificação *contemporânea* da pessoa, em relação aos fatos eventualmente a ela imputados. A modificação dos aspectos faciais da pessoa no tempo pode dificultar o seu reconhecimento por testemunhas, o que seria minimizado com o registro fotográfico, desde que as fotografias permaneçam unicamente nos registros procedimentais em curso, mantido o sigilo necessário à investigação e, sobretudo, à preservação das garantias individuais do fotografado

(direito à imagem, honra, tratamento de inocente etc.).

Embora o art. 20 do Código Civil preveja (aliás, com redação sofrível) a possibilidade de utilização da imagem da pessoa (aqui, no que nos interessa, o *réu*) quando *necessárias à administração da Justiça ou à manutenção da ordem pública*, o que é expressamente vedado na Lei nº 12.037/09, pensamos que somente em casos excepcionais se poderá quebrar o sigilo da imagem do suspeito (ainda não condenado), como ocorrerá com a exposição pública de fotografias, e desde que justificados por *ordem judicial*. A questão não se resolve no âmbito infraconstitucional, como querem a Lei nº 12.037/09 e o atual Código Civil, mas, sim, no âmbito do disposto no art. 5º, X, da Carta da República. Note-se que ali não se faz reserva da jurisdição para eventual flexibilização do direito à imagem. Assim, tem-se que, diante da inexistência de direitos absolutos, o juiz poderá determinar a quebra do citado sigilo.

Eis, então, que se chega à Lei nº 12.654/12, a cuidar da identificação genética, primeiro, como finalidade probatória no curso de investigações, e, segundo, como obrigatoriedade para condenados em crimes praticados com grave violência e para aqueles capitulados como hediondos. No primeiro caso, alterou-se a Lei nº 12.037/09, da identificação criminal; no segundo, acrescentou-se novo dispositivo (art. 9º-A) à Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).

Tivemos oportunidade de apreciar a validade da citada lei e também de levantar objeção acerca do banco genético geral de condenados, conforme modificação introduzida na Lei de Execuções Penais, em nosso *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*, 3ª edição, publicado pela Editora Atlas (2012).

E ali (p. 180-183) assentamos que:

"A nova legislação prevê duas espécies bem distintas de identificação criminal por perfil genético.

A primeira, com finalidades exclusivamente *probatórias*, vinculadas à necessidade – indispensabilidade – para a investigação (e, assim, para eventual e futuro processo).

Nesse caso, estabelece que a identificação por perfil genético estará submetida à autorização judicial e demonstração da *necessidade da medida*, quando já civilmente identificado o investigado (art. 3º, IV, c/c art. 5º, parágrafo único, Lei nº 12.037/09, com redação dada pela Lei nº 12.654/12).

E pensamos também que o juiz, ao exame da necessidade da identificação para a busca de elementos informativos

da prova, deverá atentar para a *natureza do delito*, além de sua gravidade. É que a autoria de alguns crimes vem reforçada exatamente na identificação de material genético, como ocorre, por exemplo, com os crimes de natureza sexual.

De todo modo, que não se queira invalidar a providência com base em suposto direito a não autoincriminação. Por todas as razões lançadas nesse trabalho. Aliás, eis aqui cristalino exemplo da inadequação do argumento: a questão gira em torno da violação ou não (a depender do exame a ser realizado e de sua necessidade efetiva) de *direitos materiais*, como a integridade física e/ou psíquica da pessoa submetida à intervenção dessa natureza.

Então, desde que mantida a excepcionalidade da medida, controlada pela exigência de ordem judicial fundamentada (art. 3º, IV, Lei nº 12.037/09, com redação dada pela Lei nº 12.654/12), não vemos inconstitucionalidade na exigência. Os meios de coleta deverão respeitar a proibição de ingerências *abusivas* e desnecessárias, conforme estipulado em Tratados Internacionais sobre a matéria.

E como a finalidade é essencialmente *probatória*, subordinada aos *resultados úteis* da jurisdição criminal, foi prevista também a exclusão do perfil genético ao final do prazo prescricional do delito investigado (art. 7º-A, Lei nº 12.037/09, c/redação da Lei nº 12.654/12). E, acrescentaríamos: na hipótese de absolvição ou decisão extintiva da punibilidade já passada em julgado, a solução será a mesma, confortada por *semelhança* – analogia – do quanto contido em relação à identificação fotográfica estabelecida na mesma lei (art. 7º – Lei nº 12.037/09), que, aliás, a prevê em maior extensão (rejeição da denúncia, arquivamento *definitivo* (sic)).

De se ver, ainda, que a nova regra prevê que a defesa também poderá requerer a identificação criminal em favor do investigado, isto é, como meio de afastar, o quanto antes, a sua responsabilidade criminal.

E a segunda modalidade (de identificação criminal) diz respeito à *obrigatoriedade* da coleta de material genético para *cadastro geral* de condenados em crimes praticados com violência grave contra a pessoa ou por quaisquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), consoante se vê da norma contida no art. 9º-A da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), introduzido pela referida Lei nº 12.654/12. Registre-se que a matéria já foi objeto de regulamentação por meio do Decreto nº 7.950/13.

Certamente não faltará quem queira ver ali uma série de inconstitucionalidades.

Não nos animamos, ainda (sua vigência nem se iniciou!), a *desconstruir* a validade das alterações ali propostas. Mas, com efeito, a criação de um *banco de dados* genéticos para condenados em execução penal pode ser criticada por diversos aspectos.

Teme-se, com razão, a perigosa manipulação das informações genéticas, e, o que é pior, o acirramento do processo de seletividade do sistema penal, na medida em que as novas regras somente atingirão a *clientela* dos crimes tradicionalmente praticados mediante violência. Obviamente, não estamos a *deslegitimar* a medida *só por essa razão*: a exclusão social não pode conferir alvará de imunidade criminal.

De outro lado, e em relação à identificação *para fins probatórios*, também receamos que as investigações de tais crimes tendam a se limitar à busca de identificação de perfil genético, diante da força de convencimento da prova obtida pelo exame de DNA. Todo cuidado é pouco quando se aponta na direção de certezas *absolutas*. O risco de equívocos no exame de coincidência de perfis (o cruzamento do dado armazenado e o elemento colhido no local do crime) não pode ser subestimado.

No entanto, essa modalidade dependerá de ordem judicial expressa e comprovada necessidade para a investigação, o que permite um controle mais ou menos seguro quanto aos riscos antes mencionados. E não só. O registro genético (de identificação) será *excluído* ao término do prazo de prescrição do crime (art. 7º-A).

Já a obrigatoriedade de coleta de material em Execução Penal, e, sobretudo, a instituição de um *cadastro geral genético* de condenados, sem prazo de duração (definitivo, portanto), parece-nos de duvidosa constitucionalidade.

A medida, para além de seu caráter *estigmatizante*, viola o verdadeiro *direito* daquele que, após o cumprimento de sua pena, deve retornar ao *estado pleno* de cidadania e de inocência em relação a *fatos futuros* – ressalvada apenas a possibilidade de valoração da condenação para fins de nova imposição penal (reincidência).

Não se justifica a manutenção *indefinida* de seu registro genético, afastada de finalidades probatórias, isto é, ligadas à efetividade do processo penal. Nesse passo, bastaria aos interesses do Estado a manutenção sigilosa dos registros sobre o processo e sobre a condenação, conforme o disposto no art. 95, Código Penal, a cuidar da reabilitação.

E mais.

O tema da identificação criminal se encontra na Constituição da República, mais precisamente em seu art. 5º, LVIII como *garantia individual*. Ou seja, sua interpretação vem orientada pela *proibição do excesso*, somente admitindo-se a medida quando absolutamente necessária.

Em tema de direitos e garantias individuais, como sói ocorrer nos modelos de Estado de Direito, a delegação ao Congresso Nacional (*nos termos da lei*) não pode ser entendida como um *cheque em branco*. A norma de proteção já se põe ao nível constitucional exatamente para submeter os poderes públicos ao respeito e observância de suas determinações.

Uma coisa é permitir a identificação genética para finalidades probatórias, diante da possível adequação da diligência, pela ausência de risco de danos à pessoa (coleta de saliva, por exemplo), e o proveito a ser obtido na efetividade da tutela penal. Daí a exigência de ordem judicial fundamentada, como ocorre, aliás, com as demais inviolabilidades pessoais previstas na Constituição da República (comunicações telefônicas, domicílio etc.).

Outra, muito diferente, é referendar um *cadastro genético nacional de condenados* em crimes graves. Aí, parece-nos, haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas.

A pessoa, em semelhante cenário, passaria do *estado* (situação) *de inocência* para o *estado de suspeição*, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente! – o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente). O problema não se resume, porém, às utilidades possíveis do cadastro. Trata-se, mais que isso, de se pugnar pelo reconhecimento do direito ao *retorno* à condição de cidadão pleno daquele que foi condenado e já cumpriu em toda a extensão a sanção que foi imposta. A radicalização no tratamento do egresso do sistema carcerário atingiria níveis incompatíveis com as funções declaradas da pena pública.

De resto, a elevação prévia do processo de estigmatização do culpado poderia concretizar o alarme a que se referia Rui Barbosa em seus famosos *Discursos*: prendam os suspeitos de sempre (*Novos discursos e conferências.* São Paulo: Saraiva, 1933, p. 75).

Que não se pense que desconhecemos a gravidade dos crimes que se repetem tragicamente no país. Ou que ignoramos a necessidade de um combate mais eficaz contra tais ações. E, menos ainda, que não nos alinhamos a todos aqueles que se indignam contra agressões abjetas e incontroláveis por parte das pessoas referidas na citada lei. Nada disso.

A questão é: não haverá limites para essa nobilíssima batalha?".

Não obstante, em março de 2013 foi editado o Decreto nº 7.950, que instituiu o

Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfi Genéticos.

A Lei 13.964/19 alterou a Lei 12.037/09, conferindo nova redação ao art. 7º-A, prevendo, agora, e de forma expressa, que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá em caso de absolvição (inciso I) ou então mediante requerimento do acusado, quando condenado, após decorridos 20 anos do cumprimento da pena (que é o prazo máximo em abstrato da prescrição no sistema legal brasileiro, art. 109, I, CP).

Nas hipóteses legais em que a defesa requerer a identificação criminal em favor do investigado, ele não poderá ser recusado sob nenhuma circunstância, tendo em vista, por primeiro, a idoneidade probatória da prova, e, em segundo lugar, a necessidade de se evitar, o quanto antes e possível, a submissão de um inocente à persecução penal.

Registre-se ainda a preocupação inserida pela Lei nº 13.964/2019 ao § 3º do art. 9º-A da Lei nº 7.210/84, dispondo que se deve viabilizar ao *"titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa"*.

Outra criação importante foi a do *banco nacional multibiométrico e de impressões digitais*. A Lei nº 13.964/19 (art. 12), mediante a inclusão do art. 7º-C na Lei nº 12.037/09, autorizou a criação, junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, do denominado "Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais" cuja formação, gestão e acesso serão regulamentados em ato do Poder Executivo (§ 1º).

A finalidade de referido banco é bastante clara: armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou no Distrito Federal (§ 2º), dados esses que poderão ser colhidos em dois momentos: durante a investigação criminal ou por ocasião da identificação criminal (§ 3º). Também se reconhece a possibilidade de colheita do material dos presos provisórios ou definitivos quando

não obtidos no momento da identificação criminal.

O acesso aos dados (pela autoridade policial ou pelo Ministério Público) dependerão de expresso requerimento e prévia autorização do juízo competente (§ 11).

Nos termos da regulamentação a ser expedida, admite-se que a esse banco de dados poderão integrar ou *interoperar* os dados de registros constantes em bancos de dados existentes e geridos em órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário (em todas as esferas, inclusive do TSE) e também pelos institutos de identificação civil das unidades da federação (§ 5º). Também aqui fica clara a ideia de aproveitar a existência de todos os dados já armazenados em sistemas de dados existentes no Brasil, cujas integrações ou interoperações serão realizadas por intermédio de acordos ou convênios com as unidades gestoras (§ 7º).

Todos os dados existentes no banco terão caráter sigiloso, de modo que sua violação (dolosa, evidentemente) poderá ensejar a responsabilidade civil, penal e administrativa (§ 8º). Dada a natureza do banco de dados aqui tratado, seria desnecessária (porque intuitiva e intrínseca à sigilosidade) a previsão do § 10 no sentido de ser vedada qualquer possibilidade de *comercialização* das informações da base de dados.

Todos os dados obtidos pela análise conjunta de registros biométricos deverão ser consignados em laudo pericial firmado por *perito oficial* devidamente habilitado (§ 9º). No ensejo, anotamos que, em caso de ausência de perito oficial habilitado (e diante do silêncio normativo), pode-se aplicar ao caso a regra do § 1º do art. 159 do CPP. Em moldes semelhantes, houve também a criação do banco nacional de perfis balísticos pela Lei 13.964/19. A Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (*que trata do registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crime e dá outras providências*), também sofreu alterações, na parte em que foi acrescido e especificado que os dados relacionados à coleta de registros balísticos serão armazenados no que se denominou de "Banco Nacional de Perfis Balísticos", cuja finalidade precípua (§ 1º do art. 34-A da Lei nº 10.826/03) será *cadastrar* armas de fogo e *armazenar* características de

classe e individualizadora de projéteis e de estojos de mu-nição deflagrados por arma de fogo.

A finalidade é bastante clara: tentar registrar em banco de dados todas as informações possíveis a respeito de projéteis e estojos de munição que tenham sido deflagrados (devidamente coletados) para investigação e apuração de eventuais responsabilidades criminais (§ 2º). A gestão desse banco será regulamentada em ato do Poder Executivo Federal (§ 6º).

Também aqui é determinado expressamente que haja o sigilo dos dados (§ 4º), atribuindo-se a responsabilidade civil, penal e administrativa (necessariamente dolosa, segundo pensamos) dos agentes que permitirem ou promoverem a utilização para fins diversos dos previstos em lei. Como se tratam de dados sigilosos, seria desnecessária a previsão de que (de forma similar ao referido ao banco de dados no item anterior) fosse proibida a comercialização (total ou parcial) da base de dados. Mas (quiçá por excesso de zelo) assim o previu o legislador no § 5º do art. 34-A da Lei nº 10.826/03.

Ainda no tema dos dados *genéticos*, apenas para registro quanto ao tratamento da matéria fora do país, a Suprema Corte estadunidense decidiu recentemente que até mesmo sem autorização judicial os agentes policiais estariam autorizados a recolher material genético de pessoas detidas em razão de crimes considerados graves (Maryland × King Jr.).

De outro lado, pode-se pensar em uma interpretação conforme a Constituição quando se tratar de delitos que ordinariamente deixam vestígios, como ocorre com os crimes sexuais. Para tais infrações, a coleta do material no local do delito e o seu imediato confronto com os dados do banco genético poderão facilitar a imediata identificação do autor, com o que se poderá pensar na superação dos óbices à validade da lei aqui levantados. Exatamente em atenção à gravidade de tais delitos e à necessidade de se fazer uma prova mais segura quanto à autoria, é que a Lei nº 12.845/13 exige que todo médico colha eventuais vestígios deixados no cometimento de crimes sexuais, para posterior identificação do DNA.

Por fim, tudo o que se disse em relação às intervenções corporais previstas no

ordenamento jurídico seria de pouca valia se não se examinasse *também* a hipótese de *recusa* do agente às respectivas inspeções. É dizer: e se o indiciado/réu se recusa a fornecer padrões gráficos ou a *soprar* o bafômetro, enfim, a quaisquer das modalidades de intervenções estipuladas em lei?

O direito ao silêncio, ao contrário do que se quer fazer prevalecer, é uma garantia que atua em duas direções, a saber:

a) de um lado, impedindo que a simples ausência de manifestação, ou mesmo eventuais lapsos de memória ou contradições no depoimento do réu, constituam critérios de *certeza jurídica* suficientes para embasar uma condenação;
b) de outro, impedindo que o réu seja submetido a procedimentos *inquisitoriais* por parte do aparato estatal, vendo-se na *obrigação* de apresentar uma versão para os fatos, se não previsto o seu direito ao silêncio.

O princípio presta-se, pois, a cumprir duas relevantes missões: a de exigir uma decisão judicial fundada em provas *materiais*, e não em meras *presunções*, estabelecidas a partir do depoimento do acusado; e também a de proteger a integridade física e psíquica do réu.

Relembre-se de que o direito ao silêncio tem origem no Direito anglo-americano, no qual não existe o *interrogatório* do réu. Este também é ouvido *como testemunha*, sob o compromisso (a *jura*) de dizer a verdade. Assim, submetido à inquirição pelo advogado de acusação, o conteúdo de seu depoimento corre sempre o risco de manipulação, ou redirecionamento, para o fim de atender às expectativas condenatórias, sobretudo porque dirigido a um júri popular, sem o dever de fundamentar suas decisões. É exatamente por isso que a "Quinta Emenda" no Direito norte-americano concede a *imunidade* ao réu, permitindo a ele que analise a conveniência e a oportunidade de comparecer ao depoimento.

O direito ao silêncio é, pois, uma exceção à regra da obrigatoriedade do dever de depor, fundada tanto na preservação da integridade física e psíquica do acusado

quanto no controle de idoneidade do meio de prova. Nada mais.

Então, e porque o princípio do *nemo tenetur se detegere* tem seu campo de aplicabilidade também limitado à realização das garantias anteriormente mencionadas (proteção à integridade física e psíquica, à dignidade humana e à capacidade de autodeterminação do sujeito), não se pode querer impedir certas intervenções, quando não estão em risco as apontadas garantias.

Enfim: nas hipóteses de eventual recusa por parte do acusado em se submeter à determinada intervenção, qual seria a solução, dado que se sabe impossível (e vedada pelo direito) a *coação* forçada (a redundância é proposital) do agir humano, para as finalidades *legais*? No caso do bafômetro, impensável e inaceitável qualquer tentativa de coerção física sobre a pessoa, com o fim de obtenção da prova. Evidentemente!

O nosso Código Civil prevê, no art. 232, que: "*A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*."

É claro que, no processo penal, em que o tipo de certeza jurídica que aqui se constrói exige maior prudência, deve-se evitar, quanto possível, as presunções legais e judiciais. Mas não podemos deixar de lembrar também que, mesmo aqui, no processo penal, a prova dos elementos subjetivos dos tipos penais é feita sempre por processos *dedutivos*, isto é, por meio de presunções, quando não confessada a motivação do delito.

E nem estamos sustentando também que o referido art. 232 do Código Civil, cuja aplicação por analogia, em tese, parece-nos possível, esteja a dispensar o Estado do ônus probatório de demonstrar o fato imputado, pela simples e solitária recusa ao meio de prova previsto em lei. Não. O que se nos afigura perfeitamente possível é que o Juiz Criminal, quando diante de um quadro probatório *existente*, mas ainda *insuficiente*, possa valer-se da presunção (legal) para, diante da ausência de explicações minimamente razoáveis para a citada recusa (ao meio de prova válido), convencer-se em um ou outro sentido. Que seja até mesmo à conta de um critério de proporcionalidade, quando se tratar de infrações de natureza grave e cuja apuração revele-se demasiadamente complexa ou de difícil acesso.

Mais extensamente sobre o tema da não autoincriminação, consulte-se, por

exemplo, Marcelo Shrimer Albuquerque. *Garantia de não autoincriminação. Extensão e limites* (Belo Horizonte: Del Rey, 2007). Na literatura estrangeira imperdível a consulta ao trabalho do Professor Espanhol José Francisco Etxeberria Guridi, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros e extracción de muestras corporales* (Madrid: Trivium), no qual se colhe riquíssima e ampla pesquisa no Direito Comparado, sobretudo nos Tribunais Constitucionais europeus e na Suprema Corte norte-americana.

9.2.1.3 Procedimento

Como o leitor já deve ter percebido, o presente trabalho não desce a minúcias quando do trato das regras procedimentais, por entendermos inteiramente desnecessária a reprodução repetitiva de dispositivos de lei.

Acrescentaríamos apenas que o interrogatório configura efetivamente direito do acusado, inserido na ampla defesa, resultando a nulidade absoluta do processo quando negada essa oportunidade ao réu. Por óbvio, isso não ocorrerá quando o acusado não comparecer injustificadamente à data prevista para o referido ato probatório. Afinal, como os demais meios de defesa, há etapas procedimentais específicas para a prática dos atos processuais. É verdade que o processo penal não pode jamais se tornar refém das formas – ritos –, e exatamente por isso qualquer prova *nova* que puder demonstrar a inocência do acusado poderá ingressar nos autos a qualquer momento.

O procedimento relativo ao interrogatório se viu parcialmente modificado, em razão da superveniência da Lei nº 11.719/08, que trouxe inúmeras alterações nos procedimentos do processo penal, a começar pelo depoimento do acusado.

Recebida a denúncia ou queixa, se e quando não for rejeitada liminarmente (art. 395, CPP), o réu será citado para apresentar defesa escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 396, CPP). Não apresentada a defesa, nomeia-se defensor ao acusado, reabrindo-se o prazo de dez dias para a resposta (art. 396-A, § 2º).

Feito isso, será designada a audiência de instrução, na qual serão inquiridos o ofendido, as testemunhas, peritos, e, por fim, realizado o interrogatório do réu (art. 400, CPP).

Nos atuais ritos procedimentais, ordinário e sumário (procedimento comum), nada se alude à forma do interrogatório, o que deixa em aberto a possibilidade de se manter a aplicação dos dispositivos previstos nos arts. 185 e seguintes do CPP.

No entanto, é bem de ver que no procedimento do Júri (Lei nº 11.689/08) há previsão do interrogatório, estabelecendo-se a possibilidade de perguntas diretas pelo Ministério Público, assistente, querelante e defensor (art. 474, § 1º, CPP), sen mencionar, aliás, a participação do juiz na inquirição. Ao contrário, quando se refere a ele, diz que o Juiz-Presidente inquirirá o ofendido e as testemunhas (art. 473, CPP) E, mais, antes que as partes.

Curiosamente, no rito comum (ordinário e sumário), as testemunhas são inquiridas diretamente pelas partes, cabendo ao juiz tão somente complementar a inquirição (art. 212, parágrafo único, CPP).

Resumo da ópera bufa:

a) no rito comum, o juiz complementa a inquirição das testemunhas (e ofendido), feita diretamente pelas partes; já no interrogatório, a se manter a vigência dos arts. 185 e seguintes, o juiz inicia o interrogatório, cabendo às partes complementá-lo. Mais: não há previsão de inquirição direta no interrogatório no processo comum. No júri, há (art. 474, § 1º, CPP);
b) no rito do Júri, o juiz inicia diretamente a inquirição das testemunhas (e ofendido), antes das perguntas, também diretas, das partes; já no interrogatório, sequer há previsão de perguntas por parte do juiz, cabendo às partes fazê-lo diretamente (art. 474, § 1º, CPP).

O que fazer? Aceitarmos tamanhas inconsistências procedimentais?

Como já dissemos antes, o Direito e, sobretudo, o Direito Processual não poden se tornar reféns da falta de técnica legislativa.

A solução seria e deve ser a unificação do procedimento: na inquirição de testemunhas, as partes iniciam a inquirição e o juiz esclarece eventuais dúvidas que restarem; no interrogatório, a inquirição deverá ser iniciada pela acusação, cabendo à defesa o contraponto, e, depois, ao juiz as perguntas finais.

Poder-se-ia pensar que o fato de se tratar de meio de defesa, caberia a esta iniciar a inquirição. No entanto, como não se trata, a rigor, de prova testemunhal, mais adequado ao princípio do contraditório e da ampla defesa seria o início da inquirição pela acusação.

Uma questão: em processos já iniciados antes das alterações (Lei nº 11.719/08), e com interrogatório já realizado, seria necessária a sua repetição?

Pensamos que não. É que, em relação aos procedimentos, há que se respeitar a *integralidade* do rito já iniciado, particularmente no que toca ao início da instrução, a fim de se evitar prejuízo ao devido processo legal, recomendação constante, aliás, de nossa *esquecida* Lei de Introdução ao CPP. É nesse sentido decisão do STF, no julgamento do HC 104555/SP, 1ª Turma, Relator o Min. Lewandowski,*DJE*, 15.10.2010, que rejeitou alegação de nulidade do processo sob tal fundamentação. Correta a decisão. No entanto, embora não obrigatória, nada impede a repetição do ato.

De outro lado, o art. 196 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.792/03, prevê que "*a todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes*". Ora, assim já o dispunha o art. 616 do CPP, relativamente ao julgamento da apelação. Mas note-se: não se trata de *imposição* ao juiz, mas de simples faculdade. Todavia, quando e acaso *justificada* a ausência do acusado no interrogatório na data designada pelo juiz, a hipótese será de *direito subjetivo*, ou seja, o juiz, nesse caso, *deverá* designar novo interrogatório.

Em resumo: o interrogatório é *direito* do réu.

Cumpre, então, lembrar que a condução coercitiva do acusado *para fins exclusivos* do interrogatório não é mais admitida, cabendo a ele a opção entre exercer ou não a autodefesa *ativa*, podendo, por isso mesmo, deixar de comparecer ao

referido ato, já que o direito ao silêncio implica o direito à não participação no ato, e não o mero direito de emudecer diante do juiz.

O Supremo Tribunal Federal estendeu essa lógica também às Comissões Parlamentares de Inquérito (HC nº 174.533/DF, Rel. Min. Celso de Mello, order concedida pelo Min. Gilmar Mendes, publicado em 26.08.2019 – a decisão faz referência a *outros precedentes*), esclarecendo que o acusado não é obrigado a comparecer à CPI, pois a ausência ao referido ato nada mais é do que o exercício do direito ao silêncio. A decisão vem em boa hora, já que até então vinha-se exigindo, de modo totalmente arbitrário e ilógico, a presença do acusado no ato – ainda que para não responder a nenhuma pergunta.

Não foi este o entendimento, todavia, aplicado em recente e famoso caso envolvendo o ex-Presidente da República. Na ocasião, deferiu-se a sua condução coercitiva – sendo que ele sequer ostentava a condição de réu! – para fins de interrogatório. Ao que parece, a medida foi tomada mais no intuito de preservar outras providências que estavam sendo tomadas simultaneamente (e que poderiam ser comprometidas por ele, em caso de permanência no local). Argumentou-se que se tratava de alternativa mais *branda* do que a decretação da prisão temporária, que seria o instrumento legal previsto para a proteção da obtenção das supostas provas almejadas.

Ora, neste cenário a condução coercitiva passa longe de ser o melhor caminho. Primeiro porque a cautelar não se prestaria à tomada de depoimento do conduzido, sendo outra sua justificativa. No entanto, é exatamente o contrário que ocorreu.

Em segundo lugar, porque se o propósito da medida for o de assegurar o sucesso de outra providência *simultânea*, que poderia ser prejudicada pela presença do acusado (destruição de provas, por exemplo), bastaria a sua retenção no local em que for encontrado, até a ultimação das medidas em curso. E essa *retenção*, embora não prevista em Lei, tanto quanto a *condução coercitiva*, reduziria significativamente o inevitável constrangimento causado por esta última providência, e, de outro lado, atenderia perfeitamente às finalidades cautelares do ato. Conduzir coercitivamente o investigado para não prestar declarações é mais oneroso que mantê-lo afastado de

qualquer intervenção por *retenção coercitiva*. De todo modo, é inadmissível a tomada de depoimento de quem é conduzido coercitivamente para outra finalidade, que não essa, proibida constitucionalmente.

Esta é também a compreensão atual do Supremo Tribunal Federal, que, nas ADPF 395/ DF e 444/DF (ambas relatadas pelo Ministro Gilmar Mendes e julgadas em 14 de junho de 2018), declarou a incompatibilidade desse procedimento de condução coercitiva com a Constituição Federal, reputando ilícitas as provas dele obtidas.

Seguindo.

Recente inovação legislativa (Lei 13.257/2016) determinou que deverá constar, do interrogatório, informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência, além do nome e contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, a serem indicados pela pessoa presa. A medida merece aplausos, inserindo-se em um contexto de fortalecimento da proteção às crianças, que é cada vez mais almejado pelo legislador.

Com a Lei nº 11.900/09, modificou-se mais uma vez o art. 185, CPP:

"Art. 185. [...]

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares, bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o réu 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.

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste

Código.

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.

§ 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa".

As atuais regras parecem se orientar por uma lógica estranhíssima. Para dizer o mínimo.

Ao que se vê em uma primeira abordagem, a regra geral do interrogatório do réu preso seria a sua realização no estabelecimento em que estiver ele recolhido (cadeia pública, delegacia ou penitenciária), em sala própria (§ 1º), destinada a este fim.

Curiosidade: o dispositivo preocupa-se com a segurança do juiz, do Ministério Público e dos auxiliares da Justiça, além de garantir a presença do advogado de defesa e a publicidade do ato, sem, no entanto, referir-se, nem de longe, *às testemunhas e peritos* que eventualmente tenham que participar do ato.

Explica-se: a lei, nesse ponto, se pautou no texto da Lei nº 10.792/03, que, como se sabe, é *anterior* às modificações de rito impostas pela Lei nº 11.719/08. Assim, *esqueceu-se* de que atualmente os atos instrutórios são *concentrados* em uma única audiência, na qual se ouvem testemunhas e se interroga o réu. Por isso, o interrogatório do réu preso mencionado no art. 185, § 1º, segue a lógica do ato *isolado*, sem a presença de testemunhas!

O que fazer?

Ora, a menos que o Estado possa garantir a segurança de *todos quantos* devam participar do ato, além daqueles que eventualmente *queiram* (o ato não é público?), não se poderá exigir que o juiz e seus auxiliares, além do membro do Ministério Público, se desloquem para todo e qualquer estabelecimento prisional, a fim de ali realizarem a instrução concentrada. Mais. Uma coisa é exigir da testemunha o seu comparecimento às delegacias para prestarem depoimentos no curso de investigação criminal, locais nos quais o número de policiais, em regra, costuma ser maior que o de presos. Quando nada, o risco de rebeliões internas ali é bem menor. Outra, muito diferente, é exigir que elas (testemunhas) se desloquem para penitenciárias apinhadas de presos, nem sempre com garantias visíveis e com maiores ou menores riscos a sua segurança pessoal. Iria até aí o *dever* de colaboração com a Justiça Pública? Pensamos que não!

Veja-se, contudo, que não se trata de inconstitucionalidade. Aliás, no Brasil de hoje, há um preocupante superdimensionamento do controle constitucional de validade de normas. Quando não há contrariedade expressa em relação a um dispositivo da Constituição, recorre-se aos *princípios*. Assim, nada parece haver que não esteja previsto em algum princípio constitucional...

Caberá, então, ao prudente juízo do magistrado, avaliar as condições físicas para a realização do ato em tais locais, atentando-se, sobretudo, para a existência ou não de prova testemunhal, bem como para o número de pessoas a serem protegidas no evento.

E não é só. Diante de semelhantes dificuldades, e, mais, diante da ausência de referência legislativa expressa à proteção das testemunhas, acaso não bastaria a *fragmentação* da instrução, com a realização apenas do interrogatório no estabelecimento prisional?

Do ponto de vista procedimental, não veríamos problemas nessa solução.

Ocorre que o acusado tem *direito subjetivo* a acompanhar a produção da prova contra si. Direito esse, por óbvio, extensivo ao réu preso. Assim, e como ele tem

direito a acompanhar a audiência de inquirição de testemunhas, há que se concluir que: (a) ou a audiência se realiza na sede com juízo, com requisição do preso; ou (b) realiza-se o ato integralmente na sala própria do estabelecimento prisional, valendo relembrar, no particular, a ausência de previsão legal acerca da preservação da segurança das testemunhas (art. 185, § 1º).

Mas veja-se bem: se a regra fosse a instrução do feito (audiência de instrução, incluindo interrogatório) no estabelecimento onde estiver recolhido o acusado preso, por que razão se prever o interrogatório por videoconferência, quando houver risco decorrente do deslocamento do preso? Bastaria seguir a regra geral: instrução no presídio ou delegacia! A realização do ato por videoconferência pressupõe, então, impossibilidade da audiência na sala própria do presídio ou estabelecimento prisional!

Mais que isso: a rigor, não existe a exigência da realização da audiência de instrução naqueles locais; só a possibilidade do interrogatório, com fracionamento do ato. Voltamos à indagação: também nessa situação o réu não teria direito ao acompanhamento pessoal da instrução? Ora, se ele tiver que ir ao Juízo para a instrução, ali se realizará também o interrogatório, sendo desnecessária a designação de outra data para o citado ato (interrogatório).

Portanto, nessas situações, melhor que a regra do art. 185, § 1º, seria a aplicação de outra, do § 4º do mesmo dispositivo, que permite ao acusado preso acompanhar a audiência, quando tiver que realizar o seu interrogatório por meio de videoconferência.

Bem se vê, contudo, que as citadas regras (da videoconferência) somente serão aplicadas *excepcionalmente*, para determinadas e específicas situações, não se impondo como regra geral.

Anote-se, mais, a visível inaplicabilidade da medida nos processos da competência do Tribunal do Júri. Ora, como realizar um ato envolvendo tantas pessoas em uma sala especial de estabelecimento prisional?

Seria inconstitucional o interrogatório por videoconferência?

A nosso aviso, semelhante modalidade de inquirição do acusado – ou mesmo de testemunhas – não viola o direito individual constitucional (Pacto de San José da Costa Rica – tratado internacional) a ser *ouvido pelo juiz da causa*.

Nem a produção legislativa do Direito nem sua interpretação podem ser feitas de modo linear, como se tudo coubesse em uma mesma forma normativa.

Certamente que a inquirição feita por videoconferência não é a mesma que aquela feita pessoal e diretamente, não só em *tempo real*, mas também em *espaço real*. Certamente.

Mas a distinção de tratamento poderá, eventual e excepcionalmente, encontrar justificativas.

A primeira hipótese, prevista no inciso I, § 2º (art. 185), por exemplo, é perfeitamente factível e plausível. O deslocamento de alguns presos, cuja potencialidade lesiva tenha sido seguidamente demonstrada por constatações formais (inquéritos policiais, ações penais, depoimentos em procedimentos administrativos etc.), desde que examinadas: (a) a natureza das imputações (crimes praticados com violência ou grave ameaça); (b) participação em organizações criminosas, como apontado em Lei), poderá se revelar especialmente problemático, quanto à segurança pública em geral, e quanto ao possível risco de fuga do réu no trajeto. Inúmeros são os exemplos que, sobretudo nas grandes capitais nacionais mostram a força e o poder de organização de muitos grupos recolhidos em penitenciárias (ataques sistemáticos e coordenados a delegacias e a outros bens de acesso ao público). Ignorar isso é acreditar na absoluta desconexão entre o mundo normativo (das garantias) e o mundo real.

Nem se cuida de um tratamento calculadamente destinado a um *inimigo*, no pior sentido da palavra (se é que existe outro, que não seja o pior). Mas, sim, de precauções validamente deduzidas da experiência concreta vivenciada em um mundo de imensas desigualdades (produtoras, justificadamente ou não, de violência) e intolerâncias (mais violência).

No entanto, somente farão sentido (as atuais regras) na medida em que assim

possam se justificar. Aplicar a videoconferência com o objetivo único de acomodação dos interesses da Administração carcerária é trilhar o caminho da ilegalidade e do arbítrio, em prejuízo das garantias individuais, cuja flexibilização somente poderá ocorrer diante das peculiaridades inerentes ao mundo da vida. Como *exceção*, devidamente fundamentada, jamais como regra.

Exatamente por isso, não se pode aceitar a possibilidade de interrogatório por videoconferência prevista no inciso IV, do § 2º, do art. 185, que se refere a uma inexplicável *gravíssima questão de ordem pública*. Evidentemente, um confronto armado entre um grupo qualquer e órgãos da segurança pública, por exemplo, pode gerar uma situação entendida como *de ordem pública*. Mas o que deve ser rejeitado é a abertura (conceito indeterminado) incontrolável da expressão (ordem pública) para fins de aferição da situação de cautela. O núcleo legitimador da medida (videoconferência) já vem expresso no inciso I: *segurança pública e risco de fuga*. Nada mais é preciso e tudo o mais será desnecessário.

De se ver, ainda, que a hipótese alinhada no inciso III (art. 185, § 2º) seria mero complemento da regra já prevista no art. 217, na qual se destaca a possibilidade de videoconferência para a inquirição de testemunhas, desde que presentes os requisitos ali alinhados (temor, intimidação ou outro tipo de influência, desde que causados pelo acusado). O importante, e isso se percebe em ambos os dispositivos, é garantir ao réu o direito de acompanhar a produção da prova.

Tanto é assim que o § 5º do art. 185, CPP, estabelece o direito de comunicação entre o acusado e seus advogados durante a videoconferência – tanto para a prova testemunhal, quanto para o interrogatório –, inclusive por meio de canais telefônicos, para a manutenção do sigilo da conversa. Observe-se também que a própria lei exige a designação de um defensor para atuar no local em que esteja o preso e outro (advogado) na assentada de instrução, ou seja, na sede do Juízo. As dificuldades não serão poucas. E é bom que sejam muitas mesmo, para que se evite a banalização da medida.

Quanto ao mais, registre-se, por óbvio, a necessidade de fundamentação escrita e motivada da adoção da videoconferência (art. 185, § 2º), o que, de resto, é aplicável

a qualquer procedimento de natureza cautelar. E que, decidida a realização da videoconferência, as partes serão intimadas com o prazo mínimo de dez dias de antecedência do ato, o que se acha na linha de procedimento prevista no art. 159, § 5º, I, CPP.

E mais. Permite-se que, desde que *presentes as mesmas razões autorizativas do interrogatório por videoconferência*, outras pessoas possam ser assim inquiridas, se e desde que estejam presas (acareação, declaração do ofendido, testemunhas – art. 185, § 8º).

De outro lado, pensamos que o Supremo Tribunal Federal reconhecerá a validade da Lei nº 11.900/09, a par de suas inconsistências lógicas e da superfetação da norma contida no art. 185, IV, ainda que recuse a eventual aplicação de alguns de seus desdobramentos (art. 185, § 1º, por exemplo), por impossibilidade fática. A medida, tem previsão em Lei, como já exigido naquela Corte.

Aliás, precisamente por ausência de previsão legislativa – ao nível *federal*, fique bem claro! –, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de recusar validade a interrogatório realizado via *on-line*. E foi além: anulou todos os atos processuais praticados a partir do interrogatório então realizado por videoconferência, conforme se vê no julgamento do HC nº 88914, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, julgado em 14.8.2007, publicado no *DJ* de 5.10.2007.

Embora concordemos com a impossibilidade de determinação compulsória do interrogatório por videoconferência, exatamente por ausência de previsão legislativa naquele caso concreto, não podemos aderir às consequências vislumbradas pela Suprema Corte, ao menos enquanto regra *absoluta*. De se ver, no ponto, que o caso ali julgado, para além da questão da modalidade do interrogatório, apresentava algumas peculiaridades, como, por exemplo, a ausência de citação do réu.

Certamente que o aludido ato pode e deve causar prejuízo à intervenção defensiva, na medida em que se pode supor a diminuição da participação voluntária do acusado, além de eventual perda de expectativas em relação ao tratamento judicial destinado aos réus.

No entanto, e como na maioria esmagadora das nulidades processuais, não se pode

impor, *aprioristicamente*, a nulidade de todos os atos subsequentes, sem que se examine o conteúdo das declarações prestadas pelo acusado, e, mais ainda, a qualidade da prova produzida nos autos. Com efeito, a anulação de um processo condenatório cuja decisão tenha se amparado em sólidas provas documentais, magnéticas e testemunhais, além da confissão espontânea do acusado, confirmada por testemunhas por ele arroladas – sabemos a raridade de uma situação como essa! –, ignoraria quaisquer pretensões de efetividade jurisdicional, além da possibilidade de afirmação fática da realidade, elevando garantias constitucionais abstratas ao nível do *fetiche* humanista.

Aliás, a nulidade em caso de sentença absolutória jamais seria declarada. Não só por impossibilidade de arguição por parte do Ministério Público, para aqueles que veem o referido órgão unicamente como *parte*, mas por *comprovação* fática e *concreta* da ausência de prejuízos, *a posteriori*.

De outro lado, reconhecendo a inconstitucionalidade formal de lei paulista que previa o interrogatório por videoconferência, ante a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF), bem andou a Suprema Corte no julgamento do HC nº 90.900/SP, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito publicado no *Informativo STF* nº 526.

Duas últimas questões:

a) Não existe mais a necessidade de nomeação de curador ao réu menor, nem para o interrogatório nem para quaisquer outros atos processuais. E por uma razão até bem simples: se o interrogatório é meio de defesa, para o qual, inclusive, deve-se nomear um defensor (art. 185), não há mais que se falar na obrigação de nomeação de um curador;
b) Segundo registro o disposto no art. 189 do CPP: "*Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas*." Ora, nada mais redundante e desnecessário. O acusado *sempre* poderá, no interrogatório e em qualquer outra fase, prestar esclarecimentos e indicar provas, tenha ele negado ou não a imputação. Pode ocorrer, por

exemplo, de o réu não negar a conduta a ele imputada – *matar alguém* –, mas alegar ter agido em legítima defesa. Pode também confessar o fato, mas pretender demonstrar a presença de causas de diminuição ou de atenuantes em seu favor. Acaso alguém duvidaria de seu direito a *esclarecer os fatos e indicar provas*?

Como o interrogatório é o último ato da instrução, acaso o acusado venha a indicar provas naquela assentada, provas essas não apontadas pela defesa técnica, cumprirá ao magistrado apreciar a pertinência de suas alegações, devendo sempre atentar para o princípio da ampla defesa, evitando-se o reconhecimento de preclusão de matéria defensiva.

9.2.2 Da confissão

Antes de adentrarmos o procedimento atinente à confissão, remetemos o leitor aos estudos feitos no item 14.7.4, *a*, em que se enfrenta a questão relativa à *colaboração premiada*, prevista, como se verá, em várias leis.

Vejamos, então, como se opera o procedimento da confissão.

A confissão do réu, que também pode ser feita fora do interrogatório, quando será tomada por termo nos autos, segundo o art. 199 do CPP, constitui uma das modalidades de prova com maior efeito de convencimento judicial, embora, é claro, não possa ser recebida como valor absoluto.

Por isso, e como acabamos de ver, antes de proceder ao interrogatório, o juiz deverá informar o réu sobre o seu direito a permanecer calado e, ainda, que o exercício deste direito não implicará qualquer prejuízo para a defesa, ao contrário do que dispõe o art. 198, revogado que se encontra pela superveniência da ordem constitucional de 1988 – e pela Lei nº 10.792/03, que alterou substancialmente o disposto no art. 186 do CPP.

A previsão legal que indica a necessidade de se confrontar o conteúdo da confissão com os demais elementos de prova (art. 197) é bastante emblemática da

situação do acusado perante o sistema do Código de Processo Penal de 1941. É que na ordem precedente (antes do sistema processual implantado com a Constituição de 1988), as provas produzidas na fase policial sempre serviram de fundamento, às vezes único, para a condenação.

Atualmente, com a exigência do contraditório e da ampla defesa, as provas produzidas na fase pré-processual destinam-se ao convencimento do Ministério Público, e não do juiz. Por isso, devem ser *repetidas* na fase instrutória da ação penal. Daí a previsão expressa do art. 155, *caput*, CPP, em redação dada pela Lei nº 11.690/08.

A confissão, sobretudo, não terá valor algum quando prestada unicamente na fase de inquérito (ou administrativa), se não confirmada perante o juiz. E, mesmo quando prestada em juízo, deverá ser também contextualizada junto aos demais elementos probatórios, quando houver, diante do risco, sempre presente, sobretudo nos crimes societários, de autoacusação falsa, para proteger o verdadeiro autor. As razões são várias, da motivação afetiva ou afetuosa, àquela movida por interesses econômicos.

Por fim, a confissão é também retratável e divisível, o que significa que o acusado poderá arrepender-se dela, se ainda em tempo, e que o juiz, dentro de seu livre convencimento, poderá valer-se apenas de parte da confissão.

9.2.3 Da prova testemunhal

A prova testemunhal talvez seja a mais frequentemente utilizada no processo penal. Só isso basta para que os cuidados em relação a ela sejam redobrados. Mas não é só.

Todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, maior ou menor, acerca de um determinado fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações da realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua *fidelidade*, isto é, a correspondência entre *o que se julga* ter presenciado e o que se *afirma* ter presenciado.

Isso ocorrerá por uma razão muito simples. O sujeito, portador do conhecimento dos fatos, é o homem, titular de inúmeras potencialidades, mas também de muitas

vulnerabilidades, tudo a depender das situações concretas em que estiver e que tiver diante de si. Por isso, a noção de verdade, que vem a ser o objeto a ser buscado na prova testemunhal, em regra, poderá não ser unívoca.

Em primeiro lugar, é de se observar que a única *verdade absoluta* que se pode compreender é a verdade da fé, que nada indaga acerca de seus pressupostos. A verdade do homem, ou a verdade da *razão*, é sempre relativa, dependente do sujeito que a estiver afirmando. A verdade da razão é apenas a *representação* que o homem tem e faz da realidade que apreende diuturnamente.

Não bastasse, muitas vezes o prolongamento das investigações criminais e do próprio curso da ação penal impedirá uma atuação mais eficaz da *memória* do depoimento, com o que a sua convicção da realidade dos fatos apurados já não será tão segura.

Por fim, no plano do consciente e do inconsciente individual, a gravidade dos fatos, as circunstâncias do crime, bem como diversos outros fatores ligados à pessoa do acusado ou da vítima e à própria formação moral, cultural e intelectual do *depoente* poderão também influir no espírito e, assim, no *discernimento* da testemunha.

Nada obstante, reconhecida que seja a fragilidade, *em tese*, da prova testemunhal, a maior parte das ações penais depende de sua produção. E, por isso, o depoimento em juízo é dever de todos, como regra, dispensando-se algumas pessoas somente em consideração a certos valores e a certas situações, passíveis, aos olhos do legislador, de impedir uma correta e fiel reprodução da realidade histórica.

Embora tecnicamente não estejam impedidas de depor (ao contrário do direito estadunidense), as testemunhas conhecidas por "ouvi dizer" (*hearsay*, naquele país) – aquelas que apenas reproduzem o que ouviram de terceiros – pouco têm a acrescentar em juízo, como bem apontado em excelente voto do Min. Rogério Schietti Cruz no REsp 1.373.356/ BA, 28.4.2017.

Com efeito, se a prova testemunhal direta já é precária, no que toca ao risco de *mendacidade* ou de *dificuldades concretas da memória*, o que dizer da indireta? Como falar em ampla defesa e contraditório se o acusado não pode nem mesmo ter

acesso ao verdadeiro autor do testemunho para contradizê-lo? Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça corretamente rechaçou a decisão de pronúncia baseada exclusivamente nesse tipo de prova. Nesses termos, não há sequer como se cogitar a validade de uma sentença condenatória assim fundamentada.

9.2.3.1 Capacidade para testemunhar

Ao contrário do que ocorre no processo civil, toda pessoa poderá depor no processo penal, incluindo-se os menores, crianças e até incapazes, o que não significa que todos esses estejam em condições de contribuir, de alguma maneira, para a formação da verdade judicial. O que se está colocando em relevo é o fato relativo à capacidade geral para ser testemunha no processo penal (art. 202, CPP).

Certamente essa maior abertura para a produção da prova testemunhal no processo penal deve-se ao grau de certeza que se quer obter nesse tipo de processo, razão pela qual não se admite, por exemplo, a verdade *formal* dos fatos, ou seja, aquela obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial, tal como ocorre no processo civil (art. 341, CPC/2015). Como vimos, por essa razão é que se fala em uma verdade *material*, no âmbito do processo penal.

Para que não restem dúvidas: uma coisa é a capacidade para depor, outra, bem diferente, é o juízo de valoração que se faz sobre o depoimento. No processo penal, todos podem ser testemunhas, cabendo ao juiz examinar a pertinência e a idoneidade de cada testemunho.

9.2.3.2 O compromisso de dizer a verdade

A primeira parte do art. 206 do CPP assevera que "*a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor*". Já no art. 203, encontra-se a referência feita diretamente ao compromisso de dizer a verdade, nestes termos: "*a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado [...]*".

Nota-se, de imediato, que não se trata de *juramento*, assim como não se cuida de

perjúrio o depoimento ou a perícia prestados falsamente.

Parece-nos, contudo, que a exortação prevista no citado art. 203, em que se alude à *promessa* e à *palavra de honra*, cumpre função unicamente no campo do convencimento da existência de um dever *moral* de dizer a verdade, dever, aliás, devido aos membros da comunidade e aos sentidos éticos por esta professado. É a posição também de Tourinho Filho (1992, v. 3, p. 278-279).

Todavia, a imposição normativa do dever de dizer a verdade, como regra de *direito* e não como regra *moral*, decorre do previsto no art. 206, primeira parte.

É por isso que, ainda que o juiz da causa tenha se *esquecido* de *tomar o compromisso* da testemunha, ela não estará dispensada ou desobrigada do dever de dizer a verdade. Desse dever já cuidou a própria lei, cuja observância não depende da atuação ou da lembrança do magistrado. No ponto, é relevante lembrar que o art. 342 do CP não faz qualquer referência ao *compromisso* como elementar do tipo penal de falso testemunho.

Assim, em regra, todos têm o dever de depor, decorrendo daí também o dever de dizer a verdade, conforme imposição da lei, única autorizada a excepcionar as hipóteses em que esse dever não será exigido de determinadas pessoas, em determinadas situações concretas.

É o que veremos a seguir, quando também examinaremos a possibilidade de coexistência entre o dever de *depor* e a ausência de compromisso de dizer a verdade, como, excepcionalmente, ocorre na parte final do art. 206 do CPP.

9.2.3.3 Dispensa do dever de depor

Em atenção aos laços afetivos decorrentes de relações de parentesco entre determinadas pessoas, o art. 206 do CPP prevê que poderão se recusar a depor "*o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado ou divorciado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado*".

Em tais situações, envolvendo realidades e compromissos de afeto cuja intensidade o Estado não pode ignorar e, por isso, não pode impor a observância de

regras morais gerais, a lei admite tanto a *dispensa* do dever *de depor* (art. 206) quanto o compromisso (promessa, sob palavra de honra) de dizer a verdade (art. 208).

Eis, então, algumas situações interessantes.

E se o parente mencionado no art. 206, embora *dispensado do dever de depor*, quiser prestar o seu depoimento? Estará ele obrigado a dizer a verdade, mesmo diante da regra do art. 208, no qual se afirma não ser exigível delas o *compromisso do art. 203*? Pensamos que *não*, com a ressalva da exceção prevista na parte final do mesmo art. 206, que logo examinaremos.

Coerente com o nosso ponto de vista, no sentido de que o compromisso do art. 203 (promessa de dizer a verdade, sob palavra de honra) tem natureza de norma *moral*, acreditamos que o art. 206, ao permitir a recusa do *dever de depor*, admite também a dispensa do dever de dizer a verdade, partindo do pressuposto que aqui já mencionamos: o Estado não pode exigir, *de determinadas pessoas, em determinadas situações*, e como regra, um compromisso mais estreito com as normas morais e com as normas de direito que aquele resultante dos laços de sangue, de afeto e das relações fraternas de família. Por isso, pensamos que o depoimento prestado por essas pessoas, como *regra geral*, não se submeterá ao dever (como também não se submeterá ao compromisso do art. 203) de dizer a verdade.

Dissemos, em mais de uma oportunidade, que a dispensa do dever de dizer a verdade, para tais pessoas, seria a *regra geral*. E assim nos parece porque acreditamos que a lei poderá, excepcionalmente, exigir o depoimento dessas pessoas, com a consequência, inevitável, de se exigir também o dever de dizer a verdade. É o que consta na parte final do art. 206 do CPP, no ponto em que se ressalva a dispensa de depor, "*quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias*".

O dispositivo, como exceção que é, é compreensível. Há crimes, geralmente praticados no interior da residência e no convívio entre os parentes, que, pela sua imensa gravidade, aferida pelos critérios de reprovabilidade previstos em lei (pena e regimes de cumprimento mais graves, a espécie de bem jurídico violado etc.), devem

merecer resposta penal, ainda que em prejuízo das relações pessoais entre os envolvidos.

Quando o único meio de obter a prova, ou de integrá-la (isto é, quando existentes outros elementos), depender do depoimento de quem tenha presenciado os fatos, e quando se tratar de infrações graves (estupro, homicídio etc.), estará justificada a exceção à regra da dispensa, caso em que a testemunha terá o *dever de depor*, bem como o *dever de dizer a verdade*.

Conforme já assentamos, os detentores de imunidade diplomática (agentes diplomáticos e familiares) gozam de prerrogativa de não prestarem depoimento em processo judicial, salvo quando houver renúncia à imunidade pelo Estado acreditante (Convenção de Viena para Relações Diplomáticas – ver item 7.4).

9.2.3.4 Proibição do testemunho

Enquanto algumas pessoas são dispensadas do dever de depor, em razão dos laços afetivos que as une ao acusado, outras estarão *impedidas de depor*, de acordo com outra ordem de considerações, a saber: segundo o art. 207 do CPP, são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

O que se tem em mira, ao que se vê, é a proteção tanto de determinadas funções, para as quais vige o dever, *profissional e/ou funcional*, do segredo, quanto da própria pessoa do acusado, ou, mais especificamente, o seu direito ao silêncio.

De fato, se o réu, seja por questões morais, seja por questões de interesse pessoal, procura um advogado ou um religioso para dar a eles conhecimento de determinado fato delituoso, o depoimento de ambos implicaria, por vias oblíquas, a violação do direito ao silêncio.

Mirabete declina os seguintes exemplos de vedação de testemunho: *"[...] Refere-se a lei à função (encargo em virtude de lei, decisão judicial ou contrato, como tutor, curador, diretor de empresa etc.); ministério (encargo em atividade religiosa*

e social – sacerdotes, freiras...); ofício (atividade remunerada predominantemente mecânica); e profissão (atividade predominantemente intelectual)" (2001, p. 488).

Embora não estejamos de acordo com algumas das classificações e/ou definições feitas pelo citado autor, o que deve efetivamente ser levado em conta é o nexo causal que deverá existir entre o *conhecimento do fato criminoso* e a relação (profissional, funcional, ministerial etc.) mantida entre o acusado e a testemunha proibida. E mais: será preciso também que o dever de segredo resulte de lei, como ocorre em algumas profissões regulamentadas, ou de outra modalidade de normas, cuja validade seja geral, isto é, não limitada aos interesses de determinados grupos.

Assim, estão proibidos de depor os padres ou pastores de quaisquer religiões, os advogados, os médicos, os psicólogos e psiquiatras que tenham conhecimento dos fatos *a partir do exercício das respectivas funções*. O Superior Tribunal de Justiça incluiu o *contador* (profissional da Contabilidade) dentre aqueles que estariam proibidos de depor sobre fatos cujo conhecimento decorresse exclusivamente do regular exercício de sua função (STJ – Recurso Ordinário em MS 17.783-SP, Rel Min. Felix Fischer, 6.4.2004).

Evidentemente, quando da confissão assim obtida se puder extrair fundado receio da prática de crimes futuros, não se poderá exigir o silêncio absoluto da testemunha, devendo ela diligenciar junto às autoridades a adoção das providências cabíveis, mantido, porém, o segredo em relação aos fatos passados.

Tais pessoas, quando autorizadas pela parte interessada, poderão prestar o depoimento, se assim quiserem, não sendo a tanto obrigadas (art. 207, CPP).

Por último, registramos a inviolabilidade do sigilo da fonte, prevista constitucionalmente para o profissional da imprensa (art. 5º, XIV) e para os parlamentares (art. 53, § 6º). À evidência, sigilo da *fonte* é sigilo quanto às informações passadas por terceiros, e não acerca de fatos que aqueles (parlamentares e jornalistas) *tenham* presenciado *pessoalmente*. Quanto a esses fatos, eles têm o dever de depor.

9.2.3.5 Testemunhas, declarantes, informantes e outros

Embora não haja qualquer previsão em lei, é comum ouvir-se, na prática forense e mesmo em sede de doutrina, expressões como *informante*, ou *declarante*, em relação às pessoas que estariam dispensadas de prestar o compromisso legal do art. 203 do CPP.

A leitura do nosso Código de Processo Penal, entretanto, não permite tais conclusões. De fato, nele se faz referência apenas às *testemunhas* e às perguntas feitas ao *ofendido* (art. 201, CPP). É dizer: no que se refere ao critério legal, as pessoas ouvidas em juízo são: o acusado (interrogatório), o ofendido (art. 201), os peritos e intérpretes (art. 159, § 5º, CPP), e as testemunhas (art. 202). Não há referência a *declarante* ou a *informante*.

Aliás, no julgamento do HC nº 83.254/PE, vencido apenas o Min. Marco Aurélio a Suprema Corte deixou assentado que o fato de o paciente (no HC) ter prestado depoimento na qualidade, ou melhor, *qualificado* como *declarante*, seria insuficiente para desqualificá-lo como sujeito ativo do crime de falso testemunho (HC nº 83.254-PE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa *Informativo STF* nº 322, de março de 2004, p. 2).

A utilização dessas duas expressões, porém, não deixa de ter bons propósitos. A ideia central é o afastamento da aplicação do art. 342 do CP, que cuida do crime de falso testemunho. Em algumas hipóteses, e para determinadas pessoas, busca-se descaracterizar o depoente enquanto *testemunha*, para que não haja possibilidade de incriminação pelo falso testemunho, tendo em vista que *testemunha* é uma elementar do mencionado tipo penal.

Greco Filho, por exemplo, chega a dizer que a testemunha presta depoimento; os demais fazem declarações (1999, p. 231).

E quem ou quais seriam os declarantes? Seriam aquelas pessoas desobrigadas ao compromisso de dizer a verdade a que se refere o art. 203 do CPP. Segundo o disposto no art. 208 do CPP, *"[...] não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos, nem às pessoas a*

que se refere o art. 206".

Ora, vimos sustentando que o dever de dizer a verdade não decorre do art. 203 (promessa de dizer a verdade), mas, sim, do art. 206, primeira parte (dever de depor). Quando se afirma que não se deferirá o compromisso (art. 203) aos doentes mentais ou aos menores de 14 anos, não é por que eles estejam desobrigados de dizer a verdade, mas por que eles não têm *maturidade e discernimento*, quando não a *capacidade mental*, para compreenderem o significado de uma *promessa, sob palavra de honra, de dizer a verdade*. Portanto, não é pelo fato de serem inimputáveis penalmente. Se assim fosse, os maiores de 14 anos e menores de 18 não deveriam também prestar, como de fato prestam, o compromisso, já que também são penalmente inimputáveis.

Greco Filho afirma que também seriam *declarantes* as pessoas que, contraditadas pelas partes, fossem reconhecidas como suspeitas ou indignas de fé (1999, p. 232). Ora, nesse ponto há até certa incoerência do ilustre mestre, porque, nos termos da lei, somente não se tomará o compromisso do art. 203 das pessoas mencionadas nos arts. 207 e 208, entre as quais *não se incluem as pessoas contraditadas*, como se observa da parte final do art. 214 do CPP.

Ao que parece, o citado autor, no ponto, tinha em mente o disposto no art. 447, § 4º, do CPC/2015, no qual se prevê a possibilidade de oitiva de testemunhas *menores, impedidas ou suspeitas*, que podem (e não *devem*) ser ouvidas sem o compromisso de dizer a verdade. Ocorre que, na legislação processual civil, há previsão expressa de causas de impedimento e de suspeição de testemunhas, o que não acontece no processo penal. E mais: no Código de Processo Civil, a lei quase equipara, por assim dizer, o dever de dizer a verdade ao compromisso de dizer a verdade (art. 458, CPC/2015).

A nosso aviso, todas as pessoas ouvidas em juízo, à exceção do acusado e do ofendido, em razão de tratamento distinto expressamente previsto na lei, serão ouvidas, quando o forem, como *testemunhas*.

As pessoas arroladas no art. 206, parentes do acusado, podem se recusar a depor, ou, mesmo quando ouvidas, não têm o dever de dizer a verdade, salvo quando o

depoimento for o único meio de obtenção da prova ou de sua integração, consoante a ressalva da parte final do mesmo dispositivo. Neste último caso, ainda que delas não se tome o compromisso (conforme art. 208), a lei exige o dever de depor e, com isso, o dever de dizer a verdade.

Evidentemente, será muito difícil, quando não praticamente impossível, querer responsabilizar criminalmente o parente mencionado no art. 206, quando *exigido* o seu depoimento (parte final do art. 226, CPP), porque, em regra, ele teria agido em estado de necessidade, ou por quaisquer outras formas de exclusão de ilicitude ou mesmo de culpabilidade.

Também as pessoas contraditadas têm o dever de depor e, assim, o dever de dizer a verdade (art. 214, CPP), podendo valer, em referência a elas, no máximo e dependendo do caso concreto, as mesmas observações feitas relativamente aos parentes obrigados a depor.

Por fim, as pessoas citadas no art. 207 do CPP, ou seja, aquelas para as quais vige a *proibição do testemunho*, quando desobrigadas pelo interessado, e desde que queiram, poderão depor, sob o dever de dizer a verdade. Note-se, em relação a estas últimas, que delas também não se exigirá o compromisso do art. 203 (promessa de dizer a verdade), conforme previsto na parte final do art. 214, embora a própria lei (art. 207, *in fine*) faça menção expressa ao vocábulo *testemunho*, e não *a declarações e/ou informações*.

9.2.3.6 Regras procedimentais gerais

O processo penal inicia-se com o oferecimento e o recebimento da denúncia ou queixa, quando não for o caso de sua rejeição liminar, por questões processuais (art. 395, CPP). Note-se que, a partir da Lei nº 11.719/08, tanto a *atipicidade* (o fato manifestamente não constituir crime) quanto a extinção da punibilidade não constituem mais causa de rejeição da peça acusatória. Ao contrário, já por se tratarem de questões relacionadas com o mérito da ação penal (ser o fato crime, ser o fato punível), deverá o juiz receber a denúncia ou queixa, citar o réu para a apresentação

de defesa escrita, para, só então, absolver sumariamente o acusado (art. 397, CPP). C antigo art. 43, CPP, foi expressamente revogado. Nos Juizados Especiais Criminais poder-se-á pensar na rejeição da denúncia por razões de mérito (atipicidade, por exemplo), como ainda veremos.

O rol de testemunhas deverá constar da petição inicial, isto é, da queixa ou da denúncia, havendo número máximo definido nos vários procedimentos cabíveis (oito, no rito ordinário e na fase de acusação e de instrução preliminar nos processos do Tribunal do Júri, e cinco no rito sumário e no Plenário do Tribunal do Júri). Estas incluídas no limite de arrolamento pelas partes, são denominadas testemunhas *numerárias*. Aquelas que nada souberem sobre os fatos (art. 209, § 2º, CPP), bem como as referidas em outros depoimentos e as que não prestam compromisso não se incluirão no número limite do rol de testemunhas (art. 401, § 1º, CPP).

Nos Juizados Especiais Criminais, à falta de regra expressa, vem se entendendo cabível a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, relativamente ao procedimento sumário (para os crimes cuja sanção máxima cominada seja inferior a quatro anos – art. 394, § 1º, II, CPP), permitindo-se, então, o número de cinco testemunhas. No processo da competência do Tribunal do Júri, com a redação dada pela Lei nº 11.689/08, as partes poderão arrolar até oito testemunhas na fase da *acusação e instrução preliminar* – art. 406, CPP, e seguintes), baixando para cinco testemunhas em Plenário (art. 422, CPP), o mesmo ocorrendo em relação ao processo atinente ao tráfico de drogas (art. 55, § 1º, da Lei nº 11.343/06).

É importante observar que o número de testemunhas diz respeito *aos fatos imputados*. Assim, se houver imputação da prática de mais de um crime, o número de testemunhas variará em relação à quantidade dos delitos. O limite é, portanto, *para cada fato*. Do contrário, bastaria ao Ministério Público oferecer denúncias *separadas*, ali arrolando o número de testemunhas que lhe parecesse suficiente, para depois requerer o apensamento dos autos, seja em razão de conexão, seja em razão de continência entre os fatos.

Além das pessoas arroladas pelas partes, o juiz também poderá determinar a oitiva de testemunhas, quando julgar necessário ao esclarecimento de ponto sobre o qual

esteja em dúvida, ou quando se tratar de pessoas mencionadas em outro depoimento (art. 209, § 1º, CPP). A doutrina costuma se referir a estas últimas como testemunhas *referidas*. Elas não integram o número máximo imposto às partes (art. 209), o mesmo ocorrendo com aquelas que nada souberem acerca dos fatos.

O testemunho de quem se encontrar fora da sede do juízo será feito por meio de carta precatória (art. 222). Segundo o Código de Processo Penal, a expedição de precatória não suspenderá o prazo da instrução. Se expedida *com prazo certo* para o seu cumprimento, o julgamento somente será realizado após o seu termo. Do contrário, poderá ser julgada a causa, juntando-se a precatória a qualquer tempo, após a sua devolução.

Há aqui uma questão bastante problemática.

É que, como se sabe, não pode haver inversão na produção da prova, isto é, não pode haver prova produzida pela acusação, sem a possibilidade de a defesa poder confrontá-la. Assim, não se pode pensar na juntada posterior de carta precatória de testemunha arrolada pela acusação, quando já ouvidas as testemunhas de defesa. Haveria violação ao contraditório e à ampla defesa.

Pensamos, aliás, que em tais situações, como o interrogatório é, agora, o último ato de defesa – e de instrução – a juntada de testemunho da acusação implicaria a possibilidade de renovação até mesmo do ato de interrogatório, se já realizado antes dela (juntada).

De outro lado, a Lei nº 11.900/09 autoriza a inquirição de testemunhas por videoconferência no cumprimento de cartas precatórias, de modo a facilitar a participação dos interessados, sobretudo a defesa, garantida a presença de defensor (art. 222, § 3º, CPP). Pensamos que o juiz deverá designar defensor também na sede do juízo onde se realizará o ato de inquirição (isto é, *além* do defensor presente na sede do juiz *da causa*), do mesmo modo que ocorre com o interrogatório por videoconferência. Aliás, como o testemunho costuma ser muitíssimo mais relevante para a prova que o interrogatório do acusado, a presença de defensor nos dois ambientes (juízo deprecante e deprecado) garantirá um mais efetivo exercício da ampla defesa.

O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de ser dispensável a intimação, pelo juízo *deprecado*, da data da realização da audiência, bastando a intimação da *expedição da precatória* no juízo *deprecante* (STF – HC nº 79.446/SP *DJU* 1.6.2001). A partir daí, caberia ao advogado do acusado, quando constituído, tomar providências para o conhecimento e o comparecimento ao ato deprecado. Aludida decisão foi referendada em Plenário, no julgamento do RE QO-RG/R 602.543, Relator o Min. Cezar Peluso. Nada obstante, se, no local do juízo deprecado, houver intimações por meio da imprensa, deverá constar expressamente o nome do advogado do réu, sob pena de nulidade.

Não comparecendo a testemunha ao dia designado, sem motivo justificado, ela deverá ser conduzida coercitivamente, com o auxílio de força policial, se necessário (art. 218), sem prejuízo da imposição de multas e de processo por crime de desobediência (art. 219). No mesmo sentido, o disposto no art. 535, CPP, segundo o qual *nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer*. Ressalte-se que, no procedimento do Tribunal do Júri, há previsão do não adiamento do julgamento, como regra, excepcionando-se a hipótese de uma das partes tiver declarado não prescindir do depoimento da testemunha faltante, logo após a pronúncia (art. 461 c/c art. 422, CPP). Em se tratando de ausência injustificada de testemunha convocada por Comissão Parlamentar de Inquérito, a Lei nº 13.367/16 prevê que aquela autoridade solicite a sua intimação ao juízo criminal onde ela resida ou se encontre, conforme os arts. 218 e 219 do Código de Processo Penal.

A testemunha, entretanto, não é obrigada a comparecer à sede de juízo localizado *fora da cidade onde reside*. É por essa razão que, em regra, a competência para a ação penal deve ser a do lugar do crime.

As partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé (art. 214). A prova das apontadas circunstâncias ou defeitos deve ser feita imediatamente. Todavia, o juiz, ainda que reconheça a pertinência da contradita, não deixará de tomar o seu depoimento, exigindo-lhe, inclusive, o compromisso da promessa de dizer a verdade,

consoante se vê no art. 214, última parte, salvo se se tratar das pessoas mencionadas no art. 207 (proibidas de depor) e art. 208 (doentes mentais, menores de 14, parentes mencionados no art. 206).

A Lei nº 11.690/08 trouxe importante alteração no procedimento de inquirição de testemunhas.

Ali se prevê que as perguntas das partes serão feitas diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem a repetição de outra já respondida (art. 212, CPP). E, mais ainda, prevê que o juiz poderá complementar a inquirição, sobre pontos eventualmente não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP).

Observa-se, então, que a medida se encontra alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação. Assim, as partes iniciam a inquirição, e o juiz a encerra.

Eventual resistência do magistrado na adoção das atuais regras, isto é, na hipótese de permanecer o juiz iniciando a inquirição e só após permitindo a intervenção das partes, não implicará nulidade do processo, a não ser que se demonstre o prejuízo ou a efetiva violação da imparcialidade do julgador. Não se pode pensar na anulação do processo unicamente como *pedagogia procedimental*. É nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, 3.8.2010 HC nº 110.936/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 25.9.2012).

Já nos crimes da competência do júri, o art. 473, CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.689/08, dispõe de modo diferente, iniciando a inquirição pelo Juiz-Presidente. Não se esclarece, contudo, se igual procedimento seria adotado também na fase de acusação e de instrução preliminar (art. 411, CPP).

Por isso, e com o fim de unificar os procedimentos de inquirição de testemunhas, pensamos que se deveria (ou dever-se-á) adotar sempre a fórmula prevista no art. 212, e seu parágrafo único, CPP, como regra geral, afinada com uma leitura mais atualizada do processo penal.

Por último, registre-se a existência de certas prerrogativas deferidas a um sem-número de autoridades (art. 221, CPP), que poderão ajustar previamente com o juiz da causa o dia e o horário do depoimento, bem como, para algumas delas (art. 221, § 1º, CPP), a prerrogativa de prestar depoimento por escrito.

Ressalte-se, ainda, que os militares serão *requisitados* junto à autoridade superior (§ 2º), e os funcionários públicos serão intimados por mandado, devendo ser também comunicado o chefe da repartição pública em que servirem (§ 3º).

A Lei nº 11.900/09 instituiu o art. 222-A ao CPP, cujo texto determina que "*as cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos do envio*".

Como se sabe, a carta rogatória é o pedido dirigido à jurisdição de outro país para a prática de determinado ato processual. Por óbvio, o seu efetivo cumprimento não costuma ser tarefa das mais simples, implicando, na maioria esmagadora dos casos, o atraso e outros transtornos no processamento da ação penal. A exigência de imediata comprovação da necessidade da inquirição de pessoas fora do país nada tem de arbitrária. No entanto, não poderá significar a exigência de antecipação de teses defensivas, cujo conteúdo só à defesa interesse. O que deve ser justificado é a importância do depoimento, no contexto fático objeto da prova. Assim, testemunhas que não tenham conhecimento algum do fato, arroladas unicamente para atestar a idoneidade moral ou o comportamento pessoal do agente, bem como outras ocasionais virtudes pessoais, não podem ser consideradas imprescindíveis. Somente caso a caso, poderá o juiz examinar a pertinência da imprescindibilidade do depoimento, após o exame da natureza do crime, da complexidade ou não dos fatos a serem demonstrados, e por fim, do conjunto de evidências já produzido em juízo.

De outro lado, tratando-se de réu pobre, nada haverá de se exigir dele para o envio da rogatória. Por todas as razões. Incluindo a ampla defesa.

9.2.3.7 Proteção à testemunha: Lei nº 9.807/99

A Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.518, de

20 de junho de 2000, instituiu o Programa de Proteção Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, a ser desenvolvido no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, sob supervisão do Ministério da Justiça, cuja finalidade é a proteção de vítimas, testemunhas e até os réus colaboradores na investigação de crimes.

A referida legislação prevê, entre outras medidas, a alteração de nome e registros da pessoa protegida (art. 9º); a segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; a suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; o sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida (art. 7º) etc.

A proteção oferecida terá a duração de dois anos, podendo, excepcionalmente, ser prorrogada (art. 11). Tal proteção levará em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para produção da prova (art. 2º).

Em relação aos réus, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, se (e desde que) de tal colaboração se chegar à recuperação, total ou parcial, do produto do crime, à identificação dos demais autores e/ou partícipes e à localização da vítima, com sua integridade física preservada (art. 13).

É prevista também, ainda em relação ao réu *colaborador*, a redução da pena, de um terço a dois terços, quando atingidas as finalidades anteriormente mencionadas (art. 14) e na hipótese de sentença condenatória. Havendo absolvição, não se poderá cumprir acordo de delação para redução da pena somente em relação ao colaborador.

Na hipótese do art. 13, do perdão judicial, dentre os requisitos para a extinção da punibilidade, se encontra o da primariedade do réu e da preservação da integridade física da vítima. Já no art. 14, para o qual é cabível a redução de pena, não se prevê a primariedade, satisfazendo-se o dispositivo, ainda, com a recuperação com vida da vítima.

É o que ocorre com a Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12

(Lavagem de Ativos); com a Lei nº 11.343/06 (Tráfico de Drogas); com a Lei nº 7.492/86 (art. 25, crimes contra o sistema financeiro nacional), além, é claro, da Lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos) e da Lei nº 12.850/13 (Crimes Praticados por Meio de Organizações Criminosas).

As referidas leis não estabelecem o rito procedimental para a delação ou colaboração premiada. Nem quando preveem o perdão judicial para o réu colaborador primário e nem quando se trata da redução da pena de um a dois terços.

Por isso, pensamos que deverão ser aplicadas as normas previstas na Lei nº 12.850/13, a partir do art. 4º e seguintes, nos quais se especificam os ritos e providências a serem adotados nas hipóteses de colaboração premiada. Assim, remete-se para lá o leitor, que ali encontrará uma detida análise da matéria (item 14.7.8).

Por fim, e evidentemente, não será necessária a concorrência simultânea de todos os objetivos declinados, até porque, em determinados crimes, isso nem sequer será possível.

A Lei nº 12.483/11, modificando a Lei nº 9.807/99, dispõe sobre a prioridade na tramitação do inquérito policial e do processo criminal em que haja pessoas protegidas por aquela lei (vítima, réu colaborador, testemunha, indiciado), bem como acerca da inquirição antecipada das aludidas pessoas após a citação do réu no processo (art. 19-A).

E mais. Dispõe que, qualquer que seja o rito procedimental adotado, o juiz deverá antecipar o depoimento das pessoas incluídas no Programa de Proteção prevista na Lei nº 9.807/99, a fim de tornar mais eficazes as medidas de tutela.

A merecer registro, nesse espaço, decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no sentido de aplicação – e, assim, da constitucionalidade – do art. 7º, IV, da citada Lei nº 9.807/99, garantindo a preservação da identidade e, por isso, a omissão do nome de testemunha em peça de denúncia e também no libelo-acusatório, em razão da gravidade dos fatos (homicídios triplamente qualificados), imputados a agentes do Poder Público responsáveis pela Segurança Pública (policiais e guardas municipais)

e da necessidade de se efetivar uma mais adequada proteção das pessoas que atestaram os fatos. Trata-se do julgamento do RHC nº 89.137, de 20.3.2007, *DJU* 29.6.2007, Rel. o Min. Carlos Ayres Brito, vencido o Min. Marco Aurélio, que devolvia o conhecimento da matéria ao STJ.

A medida, como se vê, há de ser excepcional, bem observadas as características e a gravidade de cada caso concreto, e dependerá, por exigência constitucional, da efetiva participação da defesa (técnica e autodefesa) na inquirição das testemunhas, para que, somente assim, se possa afirmar a ausência de prejuízo aos acusados, tal como ocorreu no citado julgamento.

A se considerar, aqui, e então, as atuais regras trazidas com a Lei nº 11.900/09, no ponto em que preveem a inquirição por videoconferência de testemunhas presas (art. 185, § 8º, CPP) ou por ocasião de inquirição via carta precatória, conforme se acha disposto no art. 222, § 3º, do CPP. Cabível, também, e até por força de disposição inteiramente pertinente, a inquirição por videoconferência prevista no art. 185, § 2º, III, a estabelecer tal modalidade de ato em razão da influência de ânimo (temor, intimidação etc.) causada pela presença do acusado. Isso, é claro, se não fosse suficiente o quanto se contém no art. 217 do CPP.

9.2.4 Da prova pericial

No sistema processual da prova *tarifada*, ou da prova legal, cada meio de prova tinha valor previamente previsto, de tal maneira que somente quando atingido o mínimo legal é que se poderia proferir decisão condenatória. Nesse sentido, havia, com certeza, uma *hierarquia* de provas, a significar que determinada espécie probatória *era superior* a outra.

O nosso atual modelo processual, como já tantas vezes mencionado, não trabalha com a ideia da existência de uma hierarquia de provas, tendo em vista que o juiz atua com liberdade de convencimento, dele se exigindo apenas a motivação do julgado.

A prova pericial, antes de qualquer outra consideração, é uma prova *técnica*, na medida em que pretende certificar a existência de fatos cuja certeza, segundo a lei,

somente seria possível a partir de conhecimentos específicos. Por isso, deverá ser produzida por pessoas devidamente habilitadas, sendo o reconhecimento desta habilitação feito normalmente na própria lei, que cuida das profissões e atividades regulamentadas, fiscalizadas por órgãos regionais e nacionais.

Normalmente, o próprio Poder Público tem em seus quadros de carreiras os peritos judiciais, responsáveis pela realização das perícias solicitadas pela jurisdição penal. São os chamados peritos *oficiais*. A partir da Lei nº 11.690/08, a perícia poderá ser realizada por apenas um perito oficial, portador de diploma de curso superior, salvo quando o objeto a ser periciado exigir o conhecimento técnico em mais de uma área de conhecimento especializado (art. 159, *caput*, e § 7º, CPP).

Na hipótese de ausência de perito oficial na comarca ou no juízo, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, necessariamente portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, dentre aquelas que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame (art. 159, § 1º, CPP).

Cumpre observar, porém, que a exigência de formação superior não deve ser entendida como um tributo desmedido ao ensino oficial, ou no sentido de que apenas ele (ensino oficial) se mostraria suficiente para instrumentalizar o conhecimento. Na realidade, semelhante imposição visa apenas a resguardar o convencimento judicial, estabelecendo um critério objetivo de formação da certeza. Por isso, a expressão "preferencialmente", relativamente ao curso especializado, deve ser levada a sério, para que não sejam indicados quaisquer bacharéis, unicamente pelo fato de terem formação superior.

No que se refere ao tráfico de drogas e entorpecentes, observa-se que, já desde a Lei nº 11.343/06, não se exigia a presença de dois peritos oficiais no caso de exame de *constatação da natureza da substância entorpecente*, previsto no art. 50, § 1º, exame esse necessário apenas para a lavratura da prisão em flagrante e do oferecimento da denúncia. Nos termos do citado dispositivo, não havendo perito oficial, o laudo de constatação (provisório) poderá ser elaborado por pessoa idônea. Embora a respectiva legislação (de drogas) não afirme de modo expresso, há de se exigir da tal *pessoa idônea* um nível razoável de habilitação técnica para a matéria.

Com a alteração das regras gerais para a realização da perícia no CPP, também não se deverá exigir a presença de dois peritos para o laudo definitivo em caso de tóxicos. Referida exigência existia em razão da aplicação subsidiária do CPP à referida legislação especial (de Drogas).

Embora estejamos de acordo em relação à inexistência de uma hierarquia de provas, pensamos que, diante das inúmeras dificuldades sempre presentes na reconstrução da verdade, qualquer que seja o seu campo de conhecimento, a nossa legislação exibe uma preocupação com uma *especificidade* de prova para a comprovação de determinados fatos. E não vemos qualquer inconveniente em se exigir maior grau de certeza quanto à formação do convencimento judicial. No contexto de um processo penal *garantista*, em determinados casos, essa exigência revela-se até como uma necessidade.

Releva notar, como já explicitamos, que *especificidade* da prova não é o mesmo que *hierarquia*, já que não se trata da afirmação prévia acerca da superioridade de uma em relação a outra. Trata-se, na verdade, do reconhecimento da incapacidade de determinados meios *nominados* (previstos expressamente na lei) para gerar uma *certeza* mais segura, em relação *a fatos específicos*.

Ora, se a prova testemunhal já tem os seus problemas até no que se refere aos crimes nos quais ela é mais frequentemente utilizada, parece-nos mesmo recomendável a adoção de maiores cuidados quando se tratar de fatos cuja prova da existência reclame uma opinião especializada. O *falso documental*, por exemplo, demanda a participação de prova técnica, quer quanto à comprovação do *falso*, quer quanto à indicação de *autoria*.

Não bastasse, é o próprio Código de Processo Penal que comina de nulidade a ausência de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígio e este não tiver desaparecido (art. 564, III, *b*).

Na leitura do apontado dispositivo, percebe-se a exigência de prova *específica* para determinados delitos, ou, nos termos do art. 158, "*quando a infração deixar vestígios*". Aí será indispensável o exame de corpo de delito, não podendo supri-lo a confissão do acusado, segundo o mesmo artigo, quando não desaparecidos os

vestígios.

A ressalva ali referida, a do exame de corpo de delito *indireto*, não infirma a regra da *especificidade*, porquanto apenas será aplicada *quando inexistentes ou desaparecidos os vestígios* deixados pela infração.

Antes de prosseguirmos, é necessário fazer algumas considerações. Há quem sustente até a revogação do art. 158, ao argumento de que ele estaria "*arranhando os princípios da liberdade probatória e do livre convencimento do juiz, dificultando a busca da verdade real*" (MIRABETE, 2001, p. 416). O ilustre autor faz referência à doutrina de Luiz Vicente Cernicchiaro, acerca do *fetichismo* dos meios probatórios.

Ora, rigorosamente, não é nada disso.

A exigência de prova técnica somente haverá de ser feita quando a existência de determinado elemento do crime só puder ser provada *por meio de conhecimento técnico*. O mencionado dispositivo, ainda que esse tenha sido eventualmente o seu propósito primitivo, não pode ser lido como a consagração tardia da evolução científica da tecnologia probatória. Ora, sabemos todos quão precárias são todas e quaisquer ciências para nos curvarmos, irrefletida e acriticamente, à *certeza científica*.

Se houver um fato, qualquer fato, cuja existência, a senso comum, ao alcance do conhecimento dito *vulgar*, pode ser comprovada por outro meio de prova, qualquer prova, não haverá de se falar na prova específica. O *específico* que fizemos acompanhar o vocábulo *prova* estará sempre na dependência da natureza do delito e dos fatos a serem provados, como ocorre, por exemplo, no exame cadavérico, na identificação de arcada dentária etc.

Também a legislação processual civil contempla a apontada especificidade, quando, no final do art. 375, faz ressalva de eventual necessidade de perícia técnica. Do mesmo modo, o art. 155 do CPP faz exigências quanto ao meio de prova de fatos relativos ao estado das pessoas, como já demonstramos (item 9.1.3.3).

Na linha do que sustentamos, o estupro, por exemplo, não dependerá da prova pericial, nem quanto à efetiva existência da conjunção carnal ou de qualquer outro ato

libidinoso, nem quanto à autoria, pelo exame de *sêmen*, quando o fato for presenciado por testemunhas. Estas, se maiores, terão certamente perfeito conhecimento acerca do ocorrido para atestar a existência de penetração não consentida e para o reconhecimento da pessoa. Nesse caso, a prova, apesar da presença de vestígios, não será especificamente técnica.

O caso, então, não é de revogação do art. 158, mas de sua *interpretação conforme a Constituição*.

E a Lei nº 11.690/08, em boa hora, institui o contraditório para a prova pericial, reservado, contudo, à fase de instrução e não à fase de investigação, como se verá.

9.2.4.1 A cadeia de custódia

A definição do conceito e dos parâmetros da denominada *cadeia de custódia* das provas foi introduzida pela Lei nº 13.964/19. Para além da conceituação jurídica agora incorporada ao ordenamento, a doutrina e a jurisprudência há muito tratavam do que se denomina *cadeia de custódia*, que nada mais é do que a preservação e registro do caminho da prova, desde sua coleta até a apreciação pelo Poder Judiciário. A finalidade precípua é garantir a lisura e validade das provas que serão valoradas pelo julgador, maximizando-se o devido processo legal, sob duplo vetor: a) tanto sob a ótica da necessária apuração dos fatos na sua maior inteireza; b) como também para permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório a partir de provas e indícios que sejam considerados como válidos à luz do ordenamento jurídico.

Entretanto, nem sempre a inobservância da produção da prova ensejará, automaticamente, a invalidade das provas subsequentes ou do próprio processo criminal. Nunca é demais relembrar que a *nulidade de um ato* nem sempre acarretará a nulidade das provas e/ou do processo.

Temos no art. 158-B alguns conceitos trazidos pelo legislador.

No inciso I, a definição de que o "reconhecimento" (a que se refere o § 2º do art. 158-A do CPP) consiste no ato de que determinado elemento a ser coletado pode ser relevante para a produção das provas periciais que venham a ser realizadas no

decorrer do processo. Assim, e por exemplo, verificando a existência de manchas de sangue em determinado local onde ocorreu um crime, o agente responsável por tanto deverá tomar as providências para assegurar a integridade do procedimento que seguirá a partir da coleta desse elemento *reconhecido* como potencialmente relevante para a investigação.

Quando for o caso, trata a lei ainda da fase do "isolamento" (inciso II), que tem como finalidade a garantia de preservação do local onde identificado e feito o reconhecimento de determinado elemento que possa interessar para a cadeia das provas.

Na denominada reconstrução processual dos fatos (insistimos em descartar o mito da *verdade real*), para que se possa melhor visualizar posteriormente a importância do elemento coletado – a *coleta* está definida no inciso IV – , tanto no ambiente do crime, como também fora dele, mas que possa ser igualmente relevante para a avaliação jurídica do fato, trata a legislação no inciso III da denominada "fixação", que nada mais é do que o detalhamento de como foi coletado aquele vestígio. A lei não impõe como deverá ser essa parte do procedimento, senão apenas enuncia alguns caminhos possíveis (que deverão ser apreciados pelo agente responsável pela coleta diante do caso concreto), exemplificando, dentre eles, a utilização de fotografias, filmagens (talvez as que mais confiram fidelidade ao ambiente onde estava o vestígio coletado) ou "croqui".

Guardando similitude com a previsão do art. 159 do CPP, o *caput* do art. 158-C prevê que a coleta deverá ser realizada *preferencialmente* (logo, não obrigatoriamente) por (*um*) perito oficial. Não se incluiu previsão expressa aqui, mas como proceder se não houver *perito oficial* no local onde for efetivada a *coleta do vestígio*? Pensamos que a solução deva ser buscada, por compreensão sistemática, no próximo § 1º do art. 159 do CPP. Ora, se a legislação admite que, ausente perito oficial, a própria perícia seja feita por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do cri-me, não há sentido não se admitir que a própria coleta seja feita por outras duas pessoas com capacidade

técnica para tanto.

A legislação ainda refere que todos os vestígios coletados no curso do inquérito ou processo devem ser tratados como aqui previsto. Por evidente, não apenas aqueles produzidos em *inquérito* ou *processo judicial*, mas também todos aqueles apurados também nos demais procedimentos de investigação, notadamente aqueles procedimentos de investigação criminal promovidos pelo Ministério Público.

A vedação do § 2º do art. 158-C requer a devida obtemperação. Evidente que não será qualquer entrada (mesmo que proibida) em locais isolados que caracterizará *fraude processual*. É imprescindível que, em decorrência dessa violação do local, haja uma consequência efetiva, a alteração da originalidade do próprio vestígio coletado. Igualmente o comportamento de *remoção* de quaisquer vestígios antes da liberação por parte do perito responsável (ou de quem eventualmente fizer as vezes de suas funções) requer a presença do dolo para caracterizar a referida fraude.

A forma da coleta é denominada de *acondicionamento* (inciso V do art. 158-B do CPP), que nada mais é do que o meio pelo qual se dá com a separação e embalagem do vestígio coletado, tudo a depender das características dele. A lei impõe que deverá ser feita a anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento do vestígio.

O artigo 158-D traz alguns procedimentos específicos dessa fase, como:

a) a necessidade de selar com lacres todos os recipientes que contenham vestígios coletados, que deverão ser numerados de forma individualizada (§ 1º);
b) a individualização (tanto quanto possível) do vestígio coletado, de modo a preservar suas características originais (§ 2º);
c) a abertura do recipiente só poderá ser realizada por perito que procederá à análise ou, então, desde que motivadamente, por "pessoa autorizada". Aqui a situação é de *mera abertura* do recipiente por *pessoa autorizada* (na falta de perito), e não a realização da perícia em si (que, segundo defendemos, deverá seguir as regras do § 1º do art. 159 do CPP na ausência de perito oficial) – § 3º;

d) também com a finalidade de garantir a integridade do procedimento, sempre que houver rompimento de lacres, prevê-se a necessidade de contar na ficha de acompanhamento o nome do responsável, identificando-se a data e local do procedimento, bem assim os dados do *lacre subsequente* utilizado para preservar o vestígio coletado (§4º);
e) o lacre que for rompido deverá ser acondicionado no interior no novo recipiente, preferencialmente (se não houver prejuízo) junto com o vestígio probatório (§ 5º).

Desde já registramos que eventual falha nos procedimentos aqui previstos não importará *automaticamente* na inutilidade/invalidade do vestígio como elemento probatório para utilização no bojo de procedimento investigatório ou ação penal, embora esta seja a consequência na maioria dos casos. A eventual ausência de uma parte desse procedimento não necessariamente invalidará a prova coletada, que poderá ser analisada no contexto com as demais partes do procedimento de sua produção. Exemplificando: não é a ausência eventual do lacre retirado anteriormente dentro do novo recipiente que implicará a invalidade do vestígio coletado. Há de se analisar se o erro procedimental é suficiente, por si só, para contaminar o resultado da perícia de tal forma que seu resultado não possa ser tido como confiável.

Quanto ao inciso VI do art. 158-B do CPP, que trata da definição do que seria o "transporte" dos vestígios, a explicitação legal é intuitiva.

A transferência formal dos vestígios (definido em lei como sendo o *recebimento*) é o ato pelo qual se requer uma documentação com, no mínimo, informações do local onde foram coletados os vestígios, o responsável, dentre outros. O que se quer com essa previsão é que, tanto quanto possível, todas as fases sejam ao máximo detalhadas para que se tenha a maior segurança de que o elemento coletado em si não sofreu adulterações e, se houver dúvidas acerca de sua higidez, possa haver uma checagem especialmente com os responsáveis nas fases antecedentes.

A realização dos exames periciais agora é denominada de *processamento* (inciso VIII). Como é intuitivo, o*armazenamento* é relacionado ao procedimento para a

adequada guarda dos elementos e provas e o descarte é o ato de inutilização dos vestígios, sempre se observando do que trata a legislação, notadamente quanto à preservação de elementos residuais (como no tradicional exemplo da destruição de drogas apreendidas, sem antes não deixar de serem preservados alguns dados da substância para futuras contraprovas, se necessário).

Nas previsões dos arts. 158-E e 158-F, regras gerais destinadas aos Institutos de Criminalística, impondo-se a criação de *centrais de custódia*, que serão setores responsáveis para a guarda e controle dos vestígios. Nos dois dispositivos, previsões específicas de procedimentos administrativos a serem adotados pelos órgãos de criminalística de modo a executar sobretudo as fases posteriores ao "recebimento" dos vestígios coletados.

9.2.4.2 O exame de corpo de delito

Se deixar vestígios a infração, a materialidade do delito e/ou a extensão de suas consequências deverão ser objeto de prova pericial, a ser realizada *diretamente* sobre o objeto material do crime, o corpo de delito, ou, não mais podendo sê-lo, pelo desaparecimento inevitável do vestígio, de modo *indireto*.

O exame indireto será feito também por perito oficial, só que a partir de informações prestadas por testemunhas ou pelo exame de documentos relativos aos fatos cuja existência se quiser provar, quando, então, se exercerá e se obterá apenas um conhecimento técnico *por dedução*.

Nesse ponto, estamos com a doutrina de Tornaghi (1959, v. 4, p. 277) e com Greco Filho (1999, p. 222), que não veem na regra do art. 167 (não sendo possível o exame de corpo de delito, pelo desaparecimento dos vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta) uma espécie de exame de corpo de delito *indireto*. Para aqueles autores, nesse caso, do art. 167, a prova será exclusivamente testemunhal, com o que estamos de pleno acordo. Esclarecendo: o exame de corpo de delito será direto ou indireto, sendo realizado, em qualquer caso, por perito. Na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, seja direto ou indireto, é que a prova

testemunhal poderá substituí-lo. Portanto, exame de corpo de delito (direto ou indireto) e a possibilidade de sua substituição por prova testemunhal são situações que não se confundem, não se devendo tratar, como boa parcela da doutrina tem feito, a substituição do exame de corpo de delito pela prova testemunhal como se exame indireto fosse.

A prova pericial se faz por meio da elaboração de laudo técnico, pelo qual o(s) *expert(s)* responderão às indagações e aos esclarecimentos requeridos pelas partes e pelo juiz, por meio de quesitos.

Vejamos o que diz o atual CPP sobre a matéria.

Em primeiro, por facultar, expressamente, a possibilidade de as partes, Ministério Público, querelante, assistente de acusação e acusado formularem quesitos e indicarem assistente técnico, que atuará a partir de sua admissão pelo juiz e somente após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelo perito oficial, com intimação das partes (art. 159, § 3º e § 4º).

É dizer: os assistentes técnicos somente ingressarão no processo na fase instrutória e após sua admissão pelo juiz. E mais. As partes deverão, por ocasião da defesa escrita (se já estiver realizada a perícia oficial) e antes da audiência de instrução (arts. 400 e 531, CPP), indicar assistentes técnicos, bem como requerer a inquirição do perito oficial para esclarecimentos, mediante a apresentação de quesitos para resposta (art. 159, § 5º, I, CPP). Exige-se, ainda, o prazo de dez dias de antecedência. Note-se que, no procedimento ordinário (art. 400, CPP), a audiência deverá ser designada no prazo máximo de 60 dias (art. 400, *caput*, CPP), enquanto no rito sumário o prazo será de apenas 30 dias (art. 531, CPP). Em qualquer caso, o marco inicial para a satisfação dos prazos procedimentais antes mencionados seria após a apresentação da defesa escrita (art. 396-A, CPP).

Embora o art. 159, § 5º, afirme que a atuação das partes em relação à perícia se daria "*durante curso do processo judicial*", pensamos que uma interpretação sistemática da matéria conduziria à seguinte conclusão, a saber: (a) quando se tratar de perícia já realizada na fase de investigação, a defesa deverá se manifestar sobre as providências a ela facultadas por ocasião da apresentação da defesa escrita (art. 396-

A, CPP); (b) quando a perícia se realizar já em juízo, o prazo a ser obedecido será apenas aquele de antecedência da audiência a ser designada (art. 159, § 5º, I, CPP).

Quando possível a conservação do material a ser periciado, o exame dos assistentes técnicos deverá ser feito na presença do perito oficial (art. 159, § 6º, CPP).

Há, ainda, na Lei nº 11.690/08, uma previsão inteiramente desconectada com o sistema geral de partes no processo penal. Ali se prevê que também o ofendido poderia formular quesitos e indicar assistente técnico (art. 159, § 3º, CPP). O texto fala no "ofendido" e também no "assistente de acusação" como se fossem pessoas diferentes.

Ora, como o assistente de acusação, enquanto presente, é o ofendido, nos termos do art. 268, CPP, o que se pode compreender do referido texto é que este, o ofendido, ainda quando não habilitado como assistente da acusação, poderia participar da prova pericial. Ou seja, teria sido prevista uma "assistência limitada". Do ponto de vista da validade da norma, não temos muito o que objetar, desde que a atuação do ofendido somente seja possível nas hipóteses em que também cabível a assistência (ver item 10.6). Do contrário, haveria desequilíbrio de forças no processo, em prejuízo da defesa.

Por fim, observa-se que o juiz, dentro de seu livre convencimento, não estará adstrito ao laudo apresentado, podendo rejeitá-lo, no todo ou em parte (art. 182). Nesse caso, tratando-se de infração que deixa vestígios e estando estes ainda presentes, o juiz deverá nomear novo perito, se de prova exclusivamente técnica se cuidar (art. 181).

No caso da lesão corporal prevista no art. 129, § 1º, I, do CP, será necessária a realização de exame pericial complementar, se ainda presentes os vestígios, logo após o prazo de 30 dias, contados da data do crime, para que se saiba acerca do tempo de incapacidade provocada pelo delito. Evidentemente, se no laudo inicial já estiver confirmada a incapacidade permanente, não será necessária a elaboração de novo laudo.

Registre-se, ainda, que a Lei nº 13.721/18 alterou o Código de Processo Pena

para inserir previsão de *prioridade* à realização do exame de corpo de delito em crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, ou violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

9.2.4.3 Outras perícias

Além da prova pericial realizada, direta ou indiretamente, sobre o corpo de delito, como ocorre para a comprovação do óbito, da falsidade documental, que demonstram a existência da materialidade do delito, há outras que também se revelam necessárias para o esclarecimento de questões igualmente relevantes.

Essas são as perícias realizadas para a demonstração de *circunstâncias* do crime (modo, tempo de execução etc.), que, inclusive, poderão ser úteis na identificação da autoria, como ocorre com o exame de balística, bem como de todos aqueles realizados sobre o instrumento do delito, como a autópsia (art. 162), a perícia realizada no local do crime (em caso de incêndio, por exemplo) e, por fim, com os exames laboratoriais (art. 170).

Quando se tratar de crime praticado com rompimento de obstáculo ou destruição de coisas, ou por meio de escalada, a prova pericial será necessária até mesmo para a definição do tipo penal, que poderá ser qualificado (art. 155, § 4º, CP).

Nas perícias de laboratório, os peritos deverão guardar material suficiente para a eventualidade de nova perícia (art. 170). Semelhante disposição, como se observa, tem destinatário certo: o contraditório.

9.2.4.4 Prova pericial e contraditório

Como regra, vimos que todas as provas devem se submeter ao contraditório, devendo também ser produzidas diante do juiz, na fase instrutória. Isso porque a prova produzida na fase investigatória tem por objetivo o convencimento e a formação da *opinio delicti* do órgão da acusação. Recebida a denúncia ou queixa, todas elas, em princípio, deverão ser *repetidas*.

Ocorre, entretanto, que muitas vezes se faz necessária a produção imediata da prova pericial, antes do encerramento da fase de investigação, até mesmo para a comprovação da materialidade do delito e identificação de sua autoria.

Por isso, em razão da natureza cautelar que informa tais provas, não será possível (e nem há previsão legal) a participação da defesa na produção da prova. E mais: a prova também não será produzida *diante do juiz*, porque ainda não provocada a jurisdição. Relembre-se de que a atuação do juiz na fase pré-processual é permitida apenas na tutela das liberdades públicas e dos direitos e garantias individuais, bem como do controle cautelar da efetividade do processo. Nesses casos, fala-se no contraditório *diferido*.

Desnecessário insistir na inconveniência de nosso modelo de investigação criminal. É claro que determinadas medidas devem mesmo ser encetadas sem o conhecimento e sem a participação da defesa, sob pena de inviabilização completa da persecução penal. Mas a prova pericial deveria, sempre que possível, contar com a contribuição e a fiscalização da defesa, *desde o início*, para a garantia não só do contraditório, mas sobretudo da amplitude da defesa.

No ponto, a Lei nº 11.690/08, embora portadora de grandes inovações, sobretudo no que respeita à possibilidade de participação do assistente técnico indicado pelas partes, não resolveu o problema essencial. E isso porque a atuação da defesa sobre o objeto periciado somente será possível após a elaboração do laudo oficial e quando já em curso a ação penal, isto é, depois da fase de investigação. Consulte-se, a respeito, o disposto no art. 159, §§ 4º e 5º, CPP.

Em tais situações, uma vez produzida a prova pericial, o contraditório somente será realizado já perante a jurisdição, e limitado ao exame acerca da idoneidade do(s) profissional(is) responsável(is) pela perícia e das conclusões por ele(s) alcançada(s), quando já perecido o material periciado. Nesse campo, o objeto da prova, na maior parte das vezes, será a qualidade técnica do laudo, e, particularmente, o cumprimento das normas legais a ele pertinentes, por exemplo, a exigência de motivação, de coerência, de atualidade e idoneidade dos métodos etc.

Evidentemente, a hipótese a que agora estamos nos referindo é aquela em que *não*

há mais a possibilidade de realização de nova perícia, ou seja, quando não existir mais o objeto periciado, por alteração do estado de coisas ou pelo desaparecimento da própria coisa. Não tendo esse perecido ou se modificado, é perfeitamente possível, e mesmo indispensável, a repetição da prova.

Registre-se, ainda, que nos crimes de falsidade documental, o desaparecimento do corpo de delito não só inviabilizará o novo exame pericial, como, mais que isso, afastará, por completo, a própria prova da *materialidade do delito*, impondo-se a absolvição.

9.2.5 Das perguntas ao ofendido

Como já afirmamos, o ofendido não integra o rol de testemunhas da acusação, por não poder ser considerado, rigorosamente, testemunha. Em consequência, não tem o compromisso de dizer a verdade (art. 203, CPP), prevendo a lei, entretanto, a sua condução coercitiva se, quando regularmente intimado, não comparecer em juízo.

Tourinho Filho afirma que o ofendido não pode ser sujeito ativo do crime de falso testemunho, e que teria ele, inclusive, o direito ao silêncio (1992, v. 3, p. 259).

Com o devido respeito, não aderimos, em hipótese alguma, a este último entendimento, relativo ao direito ao silêncio do ofendido. É certo que o ofendido deve merecer um tratamento distinto daquele reservado às testemunhas, diante de sua situação de vítima de uma infração penal, cujos efeitos já são suficientemente danosos. Entretanto, é bem de ver que, em muitas oportunidades, é a palavra do ofendido que irá fazer nascer a persecução penal, gerando consequências também danosas para aquele acusado da prática do delito. Nessa hipótese, tendo sido ele o responsável pela instauração da investigação policial e da ação penal, é perfeitamente compreensível que a lei acautele-se contra eventuais *denunciações caluniosas*, para o que já existe até um tipo penal específico (art. 339, CP).

Por isso, quando o ofendido atribui a alguém a prática de um crime, pensamos que ele tem o *dever de depor*, sempre que intimado, pois, ao final, poderá vir a ser apurada a sua responsabilidade penal pela falsa imputação de crime. É claro que, na

hipótese de vir ele a ser processado pela denunciação caluniosa ou qualquer outro tipo resultante da falsa atribuição de crime a outrem, o direito ao silêncio *naquele processo* lhe será assegurado, mas isso apenas na posição de acusado e não de acusador.

E mais: o seu depoimento, como meio de prova que é, deve sempre se realizar sob o contraditório, permitindo-se a ampla participação da defesa, por força imperativa da vigência das normas constitucionais posteriores ao nosso Código de Processo Penal de 1941.

De se ver, então, a possibilidade de inquirição do ofendido por meio de videoconferência, seja quando estiver ele mesmo preso (art. 185, § 8º, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.900/09), seja quando estiver solto, no caso de cumprimento de carta precatória, expedida para a inquirição de testemunhas (art. 222, § 3º, CPP, Lei nº 11.900/09). Mais sobre o tema, ao exame do item 9.2.1.3.

Semelhante conclusão assume relevância ainda maior no que se refere aos chamados crimes contra a dignidade sexual, quando a palavra da vítima é sempre de capital importância, para fins de condenação.

Naturalmente que tais observações se dirigem abstratamente à figura do ofendido, sem consideração, portanto, a qualquer hipótese concreta. Casos haverá, é certo, em que a "não participação" da vítima poderá ser explicada, e bem explicada, por razões perfeitamente compreensíveis, quando, então, não se poderá submetê-la, mais uma vez, ao constrangimento de ter que se sujeitar à presença de seu algoz. Em tais situações, a conduta de alheamento ao processo será plenamente justificada, não constituindo ilícito algum. Esclareça-se que estamos nos referindo aos crimes de ação penal incondicionada, pois nas ações condicionadas caberá ao ofendido a representação.

Por isso é digna de aplausos a decisão do STJ no RHC 45.589/MT (Rel. Min. Gurgel de Faria, 03.03.2015), que julgou válido o chamado "depoimento sem dano" nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, entendendo não configurado o cerceamento de defesa. Esse procedimento consiste em colher a oitiva da vítima em um ambiente menos intimidante e mais propício à inquirição, isso é, na presença

apenas do juiz (ou nem mesmo do juiz, caso necessário!), do assistente social e do servidor do juízo. Perfeitamente razoável a exclusão do acusado do crime, levando-se em consideração a condição peculiar da vítima menor de idade e a natureza extremamente íntima de tais crimes.

Em boa hora, portanto, veio a Lei nº 13.431/17, que, além de regulamentar esse procedimento nos arts. 7º e ss., também o estendeu tanto às demais situações de violência (não só de cunho sexual) perpetradas contra crianças ou adolescentes como *quando estes forem testemunhas* daquelas. O desrespeito ao *cuidado processual* que a lei dedica a essas pessoas é punido inclusive a título penal, como prevê o art. 24 do mesmo diploma.

De outro lado, diz o Código de Processo Penal que 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 (art. 201, § 2º, CPP). E que a aludida comunicação será feita até mesmo por meio eletrônico se ele assim o desejar (art. 201, § 3º, CPP).

Tudo muito bem se tudo configurar *faculdade* disposta em favor do ofendido. Ou seja, se ele realmente estiver interessado no andamento do processo. Certamente em muitos e muitos casos tal não ocorrerá. Pensamos que o juiz deverá consultá-lo antes de submetê-lo ao acompanhamento forçado do processo penal. Havendo interesse, comunica-se; não havendo, segue-se.

Digna de nota também é a norma prevista no art. 201, § 6º, CPP, que prevê a possibilidade de decretação de segredo de justiça em relação a dados, depoimentos e outras informações relativas à pessoa do ofendido, para evitar sua exposição aos meios de comunicação. Esperamos que seja frequentemente utilizada a opção, preservando-se também o nome do acusado contra juízos definitivos forjados na experiência midiática.

E, mais, por fim: (a) será reservado espaço separado para o ofendido nas audiências (art. 201, § 4º, CPP); (b) o ofendido poderá ser encaminhado à assistência psicossocial, jurídica e de saúde, às expensas do Estado (art. 201, § 5º, CPP) Propósitos nobilíssimos...

9.2.6 Do reconhecimento de pessoas e coisas

Não vemos, aqui, qualquer necessidade de mais explicações ou explicitações: trata-se de mero procedimento, tendente à identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas no fato delituoso, e de coisas, cuja prova da existência e individualização seja relevante para a apuração das responsabilidades.

O procedimento previsto no art. 226, III, do CPP, fundado no receio que a testemunha possa ter em relação à pessoa a ser reconhecida, é feito de modo sigiloso, isto é, impedindo que o *reconhecido* possa ver aquele que o reconhece. Em razão disso, a própria legislação estabelece não ser possível tal procedimento *em juízo* (art. 226, parágrafo único), em obediência às exigências da ampla defesa.

O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de *confirmação* das demais provas. Há decisões na Suprema Corte admitindo o reconhecimento fotográfico (*RT* nº 739/546).

Já o reconhecimento de pessoa por meio de fitas de vídeo deve merecer maior força de evidência probatória, diante da possibilidade concreta de reconhecimento da imagem da pessoa, em posições diferentes, tudo a depender, porém, do caso concreto.

Nos termos da Lei nº 11.719/08, que alterou as regras de procedimento do Código de Processo Penal, o reconhecimento de pessoa, tal como os demais atos de instrução, é realizado na audiência una de instrução, em face da concentração dos atos processuais penais (arts. 400 e 531, CPP). Nesse caso, não haverá o sigilo no reconhecimento, reservado apenas à fase de investigação.

9.2.7 Da acareação

A acareação é o típico procedimento de índole intimidatória. No mais das vezes, presta-se apenas a revelar um maior ou menor grau de temor de uma testemunha em

relação a outra. E o que é pior: a lei prevê a possibilidade de acareação até entre o acusado e as testemunhas, quando se sabe que um (o réu) não tem qualquer compromisso com a verdade, enquanto o outro (a testemunha), sim! Em tais hipóteses, a acareação revela-se não só impertinente, mas absolutamente sem sentido.

Isso sem falar, é óbvio, na hipótese em que o acusado tenha exercido o direito ao silêncio *em juízo*, apesar de ter sido ouvido na fase investigatória. Ora, o depoimento prestado pelo réu na fase de inquérito não tem qualquer valor *quando não confirmado em juízo*. Assim, nessa hipótese, se o réu, na fase instrutória, deixar de comparecer ao interrogatório, exercendo o seu direito ao silêncio, não vemos como se possa submetê-lo ao procedimento de acareação.

Parece-nos, então, que a acareação somente poderá ocorrer entre testemunhas, e entre testemunhas e o ofendido, ou entre os ofendidos, já que estes têm o dever de depor e poderão ser responsabilizados criminalmente por eventual falsidade nos seus depoimentos. As testemunhas, pelo crime de *falso testemunho* (art. 342, CP), e o ofendido, pelo crime de *denunciação caluniosa* (art. 339, CP), sem prejuízo do crime de desobediência (art. 330, CP), cabível em relação a ambos.

O procedimento de acareação pode ser realizado tanto na fase de investigação quanto durante a instrução criminal, razão pela qual é de todo conveniente que as respectivas autoridades somente liberem as testemunhas após o depoimento de todas elas. Assim, a acareação poderá ser realizada imediatamente após os testemunhos. Consoante os termos da Lei nº 11.719/08, também a acareação é realizada na audiência una de instrução, em face da concentração dos atos processuais (arts. 400 e 531, CPP).

9.2.8 Dos documentos

Desde que observado o princípio do contraditório, será sempre possível a juntada de documentos, em qualquer fase do processo (art. 231, CPP), à exceção da fase de plenário do julgamento pelo Tribunal do Júri, se o documento não tiver sido apresentado com a antecedência mínima de três dias (art. 479, CPP).

A noção de documento deve ser a mais flexível possível, porque dependente do conteúdo que se quer com ele demonstrar. O que realmente importa, para fins de relevância probatória, é a sua *originalidade*. Daí dispor o art. 232 que se consideram documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, reconhecendo-se o mesmo valor à fotografia (ou à reprodução, à cópia, enfim) do documento, desde que devidamente autenticada (art. 232, parágrafo único).

Deve-se, então, entender como documento qualquer manifestação *materializada*, por meio de grafia, de símbolos, de desenhos e, enfim, que seja uma forma ou expressão de linguagem ou de comunicação, em que seja possível a compreensão de seu conteúdo.

Tratando-se de escritos em língua estrangeira, parece-nos indispensável a atuação do tradutor, ainda que o juiz da causa tenha conhecimentos sobre o respectivo idioma. Eis, aqui, talvez, outro exemplo da existência de uma certa *especificidade* da prova no processo penal, ao menos no que diz respeito à liberdade de convencimento do juiz. As partes têm direito à compreensão integral do conteúdo do documento a ser judicialmente valorado, razão pela qual é de se exigir, até mesmo para se preservar a *imparcialidade* do juiz, a presença de um tradutor cujo conhecimento da matéria seja *oficialmente atestado*.

Ainda no campo do livre convencimento do juiz, permite-se a ele a requisição, de ofício e na fase de instrução, de documento cuja existência tenha chegado ao seu conhecimento, quando necessário para resolver dúvida sobre ponto relevante do material probatório (art. 156, II, CPP). Repita-se, porém, a inconstitucionalidade do quanto disposto no art. 156, I, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690/08.

Outra questão: costuma-se indagar acerca da validade de um documento, geralmente público, no qual, perante terceiros, incluindo oficiais de cartórios, determinada pessoa presta depoimento sobre um fato criminoso que teria presenciado. Isso pode ocorrer em razão de eventual receio da testemunha ou quando se tratar de testemunha não incluída no rol oferecido em juízo.

Pois bem.

Quanto à validade, ela evidentemente pode estar presente. Entretanto, presta-se unicamente a demonstrar o fato de ter alguém comparecido na presença de outro e ali afirmado o que consta no documento. Em nenhuma hipótese pode-se extrair a *veracidade* do fato afirmado, mas tão somente de sua *afirmação*. É, inclusive, o que se contém nos arts. 405 e 408, parágrafo único, ambos do CPC/2015, aplicáveis, se necessário, por analogia.

E não é só: a prova, no que se refere ao seu valor de prova *testemunhal*, careceria de validade por não ter sido realizada em contraditório, como nos parece evidente.

Por último, merece menção e aplausos a vedação de apresentação de material jornalístico ou de mídia, em geral, no procedimento do Tribunal do Júri. Em primeiro lugar, porque não se trata, efetivamente, de *documento*. Em segundo lugar, porque o Tribunal do Júri, integrado por jurados sem conhecimento técnico (jurídico), não tem o dever de fundamentação da decisão. Assim, o poder de convencimento de uma matéria jornalística fugiria ao controle naquele tribunal, para além do fato de não constituir, rigorosamente, matéria de prova.

9.2.9 Dos indícios

Na verdade, o *indício* mencionado no art. 239 do CPP não chega a ser propriamente um *meio de prova*. Trata-se, antes disso, da utilização de um raciocínio dedutivo, para, a partir da valoração da prova de um fato ou de uma circunstância, chegar-se à conclusão da existência de um outro ou de uma outra.

Com efeito, pelo indício, afirma-se a existência do conhecimento de uma circunstância do fato delituoso, por meio de um processo dedutivo cujo objeto é a prova da existência de outro fato.

Parte-se, então, para um juízo de lógica dedutiva para a valoração de circunstâncias que estejam relacionadas com o fato em apuração.

A prova indiciária, ou prova por *indícios*, terá a sua eficiência probatória condicionada à natureza do fato ou da circunstância que por meio dela (prova indiciária) se pretender comprovar. Por exemplo, tratando-se de prova do dolo ou da

culpa, ou dos demais elementos subjetivos do tipo, que se situam no mundo das ideias e das intenções, a prova por indícios será de grande valia.

Efetivamente, não há como demonstrar, como prova *material*, o que não pode ser materializado. Quem, conscientemente, desfere uma facada em outrem, tanto pode estar querendo produzir o resultado morte quanto poderá estar pretendendo abater temporariamente o adversário, em meio a uma briga ou tumulto. O elemento subjetivo da conduta somente poderá ser aferido por meio da constatação de todas as circunstâncias que envolverem o fato, a partir das quais será possível se chegar a alguma conclusão. E esta somente será obtida, quando possível, pela via do processo dedutivo, com base nos elementos fornecidos pelas regras da experiência comum, informadas pelo que ordinariamente acontece em situações semelhantes.

Quando, ao contrário, pretender-se, com os indícios, demonstrar fatos ou circunstâncias que podem normalmente se reduzir à prova *material*, tais como a *autoria*, e sobretudo correndo o risco de ser redundante, a *materialidade*, o valor probatório dos indícios haverá de ser muito reduzido, quando nenhum.

Nesse campo, é bom lembrar que o próprio Código de Processo Penal não faz referência expressa a *fatos*, mas, sim, a *circunstâncias*, com o que não se deve aceitar a prova da existência do crime ou da autoria por meio de simples provas indiciárias, que são *circunstanciais* por excelência. Nesses casos, elas deverão ser consideradas o que verdadeiramente são: *indícios*.

Como dissemos anteriormente, os indícios não se qualificam, a rigor, como meio de prova; nada obstante, apresentam ou podem apresentar a mesma consequência, no que diz respeito à valoração judicial.

Tais processos dedutivos configuram verdadeiras *presunções* feitas pelo julgador, diante da ausência de prova *material* em sentido contrário, sendo perfeitamente válidas enquanto meio de conhecimento de determinado fato submetido à apreciação jurisdicional.

Carnelutti referia-se à prova denominada *indiciária* como uma prova *crítica*, afirmando

"[...] Porém se as regras da experiência operam também para deduzir do fato representativo o fato a provar, desaparece a diferença entre indício e meio [fonte] de prova imaginada por Schmidt [...] Cada uma das *fontes de prova*, enquanto *tema de prova*, pode ser, por sua vez, provada com qualquer tipo de fonte de prova, ou seja, mediante a prova histórica [depoimento, documento] ou mediante a prova *crítica* [pela via da dedução]" (2002, p. 231 e 243).

Também merece ser transcrita a lição de Barbosa Moreira, que completa, de modo definitivo, o pensamento do mestre peninsular:

"O que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são *unicamente* pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não, ainda, o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha" (1988, p. 59).

9.2.10 Da busca e apreensão

Enquanto os demais meios de prova anteriormente analisados são produzidos, desde o seu início, em contraditório, com a participação de ambas as partes, *a busca e apreensão* segue procedimento diverso, em atenção às peculiaridades da medida.

Trata-se, por certo, de medida de natureza eminentemente *cautelar*, para acautelamento de material probatório, de coisa, de animais e até de pessoas, que não estejam ao alcance, espontâneo, da Justiça.

A medida, cautelar no que se refere à questão probatória e à segurança de pessoas, também é excepcional por implicar a quebra da inviolabilidade do acusado ou de terceiros, tanto no que se refere à inviolabilidade do *domicílio* quanto no que diz respeito à inviolabilidade *pessoal*.

Por isso, somente quando fundadas razões, quanto à urgência e à necessidade da medida, estiverem presentes, é que se poderá conceder a busca e apreensão, tanto na fase de investigação como no curso da ação penal.

A busca poderá ser *domiciliar* ou *pessoal*.

Por busca domiciliar entende-se aquela realizada em residência, bem como em qualquer compartimento habitado, ou aposento ocupado de habitação coletiva ou em

compartimento não aberto ao público, no qual alguém exerce profissão ou atividade, nos termos do art. 246 do CPP. Todos esses locais, bem como os quartos de hotéis, motéis ou equivalentes, quando habitados, encontram-se incluídos e protegidos pela cláusula constitucional da inviolabilidade de domicílio. A seu turno, o automóvel não se inclui na definição legal de domicílio, a não ser quando estiver no interior deste.

Assim, são indispensáveis para a execução da medida busca domiciliar:

a) ordem judicial escrita e fundamentada, como qualquer medida cautelar restritiv de direitos (art. 5º, XI, CF);
b) indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da diligência (art. 243, CPP);
c) cumprimento da diligência durante o dia, salvo se consentida à noite, pelo morador;
d) o uso de força e o arrombamento somente serão possíveis em caso de desobediência, ou em caso de ausência do morador ou de qualquer pessoa no local (art. 245, §§ 3º e 4º).

Segundo o disposto no art. 243, § 2º, não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito. Aqui, o limite é o direito à ampla defesa, de tal maneira que os documentos que podem ser utilizados pelo defensor não devem ser apreendidos. Todavia, quando se tratar de *outro meio de prova*, que não o documento, e que não esteja relacionado diretamente com o material da defesa, será possível a busca e apreensão, sobretudo quando se cuidar do próprio corpo de delito, bem como de instrumentos utilizados na prática do crime e os produtos dele derivados.

O livre exercício da advocacia é, inegavelmente, instrumento de garantia do indivíduo contra eventuais abusos dos poderes constituídos. Mas, mantida e reafirmada a exigência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, não se pode pretender situá-lo acima da proteção penal de direitos igualmente fundamentais.

Já a busca *pessoal*, a nosso aviso, não depende de autorização judicial, ainda que se possa constatar, em certa medida, uma violação à intangibilidade do direito à intimidade e à privacidade, previstos no art. 5º, X, da CF.

Como sustentamos alhures, na abordagem relativa à quebra do sigilo bancário, a exigência de autorização judicial para determinadas restrições de direito não é absoluta, podendo a lei autorizar determinadas atividades e/ou funções realizadas pelo Poder Público, de cuja atuação resulte a redução do âmbito do exercício das citadas garantias individuais. Para isso, será sempre necessário observar a indispensável proporcionalidade da medida, no que se refere ao grau de afetação do direito e à indispensabilidade da atuação estatal.

Sob tais considerações, acreditamos perfeitamente possível a realização de busca pessoal sem autorização judicial, desde que, uma vez prevista em lei, existam e estejam presentes razões de natureza cautelar e, por isso, urgentes.

A nosso aviso, então, a previsão do art. 244 do CPP atende às exigências para a execução da medida, porque somente possível "*quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar*". Neste último caso, no curso de busca domiciliar, há, na realidade, ordem judicial, uma vez que a pessoa se encontraria dentro do local cuja inviolabilidade já havia sido *quebrada*.

Hipótese muito semelhante à busca pessoal é a chamada "revista íntima", que nada mais é do que uma inspeção reservada em pessoas que visitam presídios. Normalmente o grau de invasão à privacidade é maior nestas ocasiões, e justamente por isso o Superior Tribunal de Justiça tem sido mais rigoroso em sua aplicação, como se vê no REsp 1.695.349-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, publicado em 14.10.2019, no qual se julgou ilícita a prova obtida por meio de revista íntima realizada unicamente com base em denúncia anônima.

CAPÍTULO 10

Sujeitos do Processo

10.1 Partes e relação processual

O Título VIII do Código de Processo Penal cuida do juiz, do Ministério Público do acusado e defensor, dos assistentes e auxiliares de Justiça. Por se referir a diversas pessoas que atuam de maneira também distinta no processo, a matéria vem sendo abordada sob a rubrica *Dos sujeitos do processo*, envolvendo não só as partes propriamente ditas, mas também outros participantes na relação processual.

A palavra *parte*, no sentido técnico que lhe empresta a boa doutrina processual, refere-se tanto àquela pessoa que pede algo em juízo quanto àquela perante a qual é feito o pedido. Em uma linguagem mais simples, as partes seriam o *autor* (que pede) e o *réu* (do qual ou perante o qual se pede).

Como já adiantamos por ocasião da abordagem relativa às condições da ação penal, não nos parece tarefa fácil a aplicação de uma chamada teoria do processo, normalmente aplicável no âmbito dos processos e procedimentos *não penais*, às categorias específicas do processo penal. Vimos isso em relação à impossibilidade jurídica do pedido e veremos também no que se refere à caracterização do conceito de *parte*.

Uma recapitulação: no processo penal, em regra – a exceção diz respeito às ações

penais privadas e às ações penais *não condenatórias* (*habeas corpus, mandado de segurança em matéria penal, revisão criminal* etc.) –, a denominada relação processual, que envolveria as *partes* e o *juiz*, recebe outra configuração.

Com efeito, enquanto no processo civil argumenta-se com a existência de uma relação jurídica entre o autor e o Estado, caracterizada pelo vínculo de exigibilidade da prestação jurisdicional – isto é, o autor tem *direito* à jurisdição, enquanto o Estado tem o *dever* de prestá-la, já que esta atividade (jurisdicional) é por ele *monopolizada* –, no processo penal condenatório, o autor da ação (como regra, o Ministério Público) não exerce *direito* em face do Estado, mas tão somente *o dever* que resulta do fato, previsto em lei, de ser ele o legitimado para a persecução penal. Por isso dissemos, em outra oportunidade que, da mesma maneira que o Estado *deve* jurisdição a quem não está autorizado por lei a resolver o conflito de outra maneira, ele deve também a *persecução penal em juízo* a quem teve retirada a sua iniciativa e legitimação para fazê-lo, ou seja, a *vítima*.

Embora tenhamos nos referido expressamente à vítima, cumpre ressaltar que, no quadro de um Estado Democrático de Direito, fundado na proteção a direitos fundamentais, não se deve imaginar uma intervenção estatal penal que tenha por finalidade, unicamente, a substituição do particular pelo público. Ainda que isso *também* ocorra, não é, porém, suficiente para justificar a necessidade da atuação do Direito Penal. Assim, e como tal modalidade do Direito cumpriria a relevante missão de proteção aos direitos fundamentais postos em risco pelas condutas tipificadas em lei, chega-se à conclusão de que o Estado *deve* a ação penal não só à vítima, mas a toda a comunidade jurídica, potencialmente interessada na proteção dos direitos.

Assim, parece-nos haver certa diferença na configuração da relação processual penal, uma vez que tanto o direito a ver movimentada a jurisdição, para fins de aplicação da lei penal, quanto o direito à iniciativa e controle da atuação em juízo estão reunidos na pessoa que, em regra, *não integra a relação processual*. É certo que o instituto da *assistência* da acusação, como veremos, diminui um pouco os efeitos de tal modelo acusatório (público), mas a atuação da vítima em tais situações não deixará de ser apenas supletiva do Ministério Público (por isso, o termo

assistência), que, aliás, será ouvido sobre a conveniência, oportunidade e cabimento da assistência (art. 272, CPP).

Não falta, na doutrina, quem chegue a asseverar a inexistência de partes no processo penal, diante da impossibilidade de se identificar na hipótese um legítimo conflito de interesses. A objeção partiria, então, do conceito *carneluttiano* de *lide*. Como se sabe, segundo Francesco Carnelutti, a lide se caracterizaria por um*conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida*.

A transposição do conceito de lide e, assim, de *interesse*, da teoria geral do processo para o processo penal esbarra em algumas tantas dificuldades, como vimos.

A primeira delas decorreria do fato de que nem sempre poderia haver *resistência* por parte do acusado, o que já evidenciaria a inadequação do conceito anteriormente aventado. Todavia, a ampliação da ideia de lide, para se referir não só a uma pretensão *resistida*, mas também a uma pretensão *insatisfeita*, poderia resolver a questão, uma vez que toda imposição penal – toda aplicação do Direito Penal – deve ser jurisdicionalizada, por via da utilização irrenunciável do *processo*. Assim, toda pretensão punitiva somente seria satisfeita *no processo*.

A segunda objeção é bem mais séria. Parte da ideia da inteira inadequação do conceito de *interesse* (comum ao processo civil) ao processo penal, como já anotado (item 5.3.1).

De fato, no âmbito do processo civil, em que a natureza da relação jurídica posta em conflito refere-se, na maioria das vezes, ao não cumprimento de obrigações patrimoniais ou econômicas, de caráter, pois, nitidamente de direito privado, a satisfação do interesse resulta, quase sempre, em proveito do credor.

Evidentemente, a instância civil não se esgota em semelhante modalidade de conflitos. Mas o que importa aqui pôr em relevo é a natureza *privada* que habita as relações jurídicas ali desenvolvidas. E mesmo quando se cuida de questões ligadas ao Direito de Família ou a outros direitos indisponíveis, o tipo de *interesse* em disputa, de algum modo e em certa medida, poderá ser satisfeito em proveito de um ou de alguns demandantes, ao menos como regra.

Já no processo penal, não se pode afirmar presente o mesmo fenômeno. A condenação do réu à sanção privativa da liberdade não resultará em *proveito* da vítima nem mesmo do Estado, na ação penal pública. Por maior que seja, eventualmente, o desejo e a satisfação do "espírito" da vítima com a condenação do réu, não se pode extrair daí a consequência de estarmos diante de um legítimo *conflito de interesses*, sobretudo porque, em qualquer teoria da pena que se queira adotar, à exceção de uma Justiça de fundo exclusivamente *restaurativo*, a aplicação da sanção penal jamais atenderá ao *interesse particular da vítima*. Em todas essas hipóteses, a pena do Direito Penal é instituída em atenção ao interesse público, e não da vítima, daí por que também *público* o interesse da persecução penal.

Surge, aqui, com o objetivo de enquadrar a questão penal no conceito primitivo de lide caracterizada por um conflito de interesses, uma elaboração teórica largamente difundida e, a nosso aviso, profundamente criticável: o possível conflito de interesse entre o *ius puniendi* do Estado e o direito de liberdade do acusado.

Conforme já assinalamos (item 5.3.1), não conseguimos enxergar na relação processual penal o exercício de qualquer *ius puniendi* estatal. *Direito de punir* exerce o Estado quando elabora a criação dos tipos penais, estabelecendo padrões de comportamentos tolerados e modelos de condutas inaceitáveis, as quais, por critérios de reprovabilidade, seja quanto a elas mesmas (condutas), seja quanto aos resultados que delas emergem, serão objeto de punibilidade, segundo as regras do Direito Penal vigente. Esse *direito* não é mais ou outra coisa senão expressão da soberania do Estado, no ponto em que se afirma livre para a elaboração de suas leis.

Levada a questão para o seio do processo, e não mais do direito *material*, revela-se inteiramente inadequada a construção que põe em campos opostos o possível conflito entre interesses ligados à *punição* e *à liberdade*.

Evidentemente, mesmo no plano lógico, a *privação* da liberdade opõe-se ao *exercício* dessa mesma liberdade. Disso ninguém duvida. O que não é certo, porém, é afirmar que o Estado esteja sempre no exercício de um *direito de punir* quando se encontra no polo ativo de uma ação penal. E isso até mesmo por que o *interesse* do Estado, na *questão penal*, não se resume à atuação do Ministério Público, nela

intervindo, de modo soberano, o poder jurisdicional. Mas não é só.

Também o Ministério Público atua com inteira *imparcialidade*, a ele *interessando*, na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente. Não se pode esquecer de que a fase pré-processual, isto é, a fase de investigação, desenvolve-se *sem a participação da defesa*, do que resulta a conclusão de que somente o convencimento ou a *opinio delicti* inicial do Ministério Público, para fins de instauração da ação penal, é que é construída com alguma parcialidade.

Uma vez instaurada a relação processual penal, estabelecidos o contraditório e a ampla defesa, o Ministério Público é inteiramente livre para a reapreciação dos fatos, seja sobre o aspecto *de direito*, seja sobre a questão fática, não se podendo identificar em tal atuação tratar-se de exercício de *direito de punir*, mas unicamente do exercício do *dever da ação penal*, diante do convencimento firmado a partir do conjunto probatório colhido na fase investigatória. Não é por outra razão que se fala em princípio da *obrigatoriedade* da ação penal pública: presentes (e bastantes) elementos de convicção da existência do fato criminoso, o Estado, via Ministério Público, *deve* à comunidade (ou à sociedade, se se preferir) e à vitima a instauração da persecução penal.

Como se observa, fala-se em *direito* de punir unicamente para satisfazer as exigências de uma teoria processual fundada no conceito de relação jurídica, segundo a qual o Estado-juiz seria *devedor* de uma atuação jurisdicional, sempre que a tanto provocado. Só assim se explicaria a posição do *direito* de punir, assim mesmo reduzido à noção de convocação da atuação da jurisdição.

10.1.1 Parte (no sentido) formal e parte (no sentido) material

É justamente a imparcialidade da *atuação* do Ministério Público no processo penal que costuma ser responsável por certa perplexidade doutrinária acerca do conceito de *parte* na doutrina processual penal.

Como vimos, há quem resista à ideia de uma *parte* que não seja *parcial*, de uma

parte que possa zelar tanto pelos interesses da acusação quanto pelos interesses da defesa.

Parece-nos, contudo, que o fato de o Ministério Público *atuar* com imparcialidade não arranha, nem de longe, a sua qualificação processual de *parte*. Trata-se, na realidade, de questão a ser resolvida sob perspectiva unicamente *processual*, sem análise de qualquer dado ligado ao direito material discutido no processo.

O Ministério Público é *parte* na ação penal a partir do momento em que se estabelece uma situação jurídica (ou *relação*, como querem tantos) processual completa, com o recebimento da denúncia. Aliás, desde o oferecimento da peça acusatória ele já está agindo como *parte*, praticando ato de postulação. A partir daí, ele passa a ocupar a *posição* (processual) de parte, na medida em que a ele será facultada a apresentação de arrazoados, a produção de provas, a interposição de recursos e, enfim, o desenvolvimento de toda e qualquer atividade reservada a quem pode provocar a jurisdição. É bem verdade que quando atua na qualidade de *custos legis* (fiscal da lei), o Ministério Público desenvolve atividade semelhante. Entretanto, na ação penal condenatória, todo o conteúdo do processo, ou seja, a delimitação de toda a *matéria* a ser resolvida pelo Juiz Criminal, é atribuída ao *parquet*, como titular da ação penal pública. É quanto basta para a sua caracterização como *parte*.

A doutrina costuma se referir, então, à parte *formal*, ou seja, à posição processual de parte, independentemente do conteúdo de direito material a ser objeto dos requerimentos e alegações do Ministério Público.

Assim, poderíamos, validamente, apontar a seguinte distinção: por parte *formal* se entenderia a posição *processual* de determinada pessoa em determinado processo, com abstração do conteúdo de suas manifestações; por parte *material* estaríamos nos referindo àquelas pessoas que atuam com *parcialidade*, ou seja, que defendem a aplicação do direito unicamente enquanto favorável à relação jurídica material levada ao processo. Em outras palavras: a parte é *material* quando há coincidência entre a sua manifestação (de direito material) na causa e sua posição no processo (requerimento de condenação por quem é autor); é *formal* quando independe de tal

coincidência, como ocorre, por exemplo, quando o Ministério Público, mesmo *autor* da ação, requer a *absolvição* do acusado (art. 385, CPP).

A distinção, pois, está ligada a uma antiga questão da teoria do processo: a autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de direito material, em que nem sempre as partes seriam as mesmas.

Um último registro.

O processo penal, ao menos o brasileiro, não se identifica com um processo *de partes*, isto é, pautado e orientado pela igualdade entre os litigantes, no qual o respectivo *objeto* (do processo) permanece em disponibilidade do litigante. Não é assim no Brasil. E, também, por exemplo, em Portugal.

O princípio da *obrigatoriedade* ou da *legalidade* da ação penal submete o caso à jurisdição penal, não dependendo da posição final do órgão público da acusação. Ouçamos o Prof. Jorge de Figueiredo Dias, uma das maiores autoridades europeias em Direito Penal e Processual Penal.

"Da mesma forma que, acabamos de ver, não vale em processo penal o princípio da discussão em qualquer de suas manifestações mais importantes, também ali não há lugar para o princípio dispositivo. Isto é, como já se sugeriu, consequência da fundamental indisponibilidade do objeto processual penal e conduz à impossibilidade de desistência da acusação pública, de acordos eficazes entre a acusação e a defesa e de limitações postas ao tribunal na apreciação jurídica do caso submetido a julgamento.

[...]

Pode o MP ter pedido a absolvição do arguido e o tribunal condená-lo – como pode a defesa, considerando provado o crime, pedir apenas a condenação a uma pena leve e o tribunal absolver o arguido" (*Direito Processual Penal*. 1. ed. (1974) reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 195).

10.2 Do juiz

10.2.1 Imparcialidade

A necessidade de superação de um modelo processual de feição inquisitiva trouxe, como consequência mais importante do advento do sistema acusatório (como o nosso) e do sistema *adversary* (sistema de partes, do Direito anglo-americano), a preocupação com a *imparcialidade* do juiz.

Aliás, é bem de ver que um dos pilares do princípio do juiz natural, no que diz respeito à vedação do juiz ou tribunal de exceção, reside exatamente na tutela da imparcialidade da jurisdição.

Enquanto a questão da competência (ninguém será processado ou sentenciado senão pelo juiz *competente*...) revela a preocupação com a qualidade da jurisdição, em relação ao conhecimento da matéria a ser decidida, a regra da imparcialidade ocupa-se diretamente com as circunstâncias, de fato e de direito, e com as condições pessoais do próprio julgador, que, segundo juízo prévio do legislador, poderiam afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão.

Fala-se, então, em casos de *impedimentos, incompatibilidades* e *suspeição* do juiz.

As hipóteses de *impedimentos*, conforme já adiantamos, estão relacionadas com fatos e circunstâncias, objetivos e subjetivos, encontrados, em regra, *dentro* do processo no qual o juiz estará impedido de exercer jurisdição.

Isso é o que ocorre com o disposto nos incisos I e II do art. 252 do CPP, que cuidam de hipótese na qual determinados parentes do juiz, seu cônjuge ou ele próprio, tenham exercido funções relevantes no processo, tais como a do defensor ou advogado, do órgão do Ministério Público, da autoridade policial, de perito e, por fim, de auxiliar de Justiça. Embora a lei refira-se também a este último, o impedimento somente ocorrerá se demonstrada a relevância da atuação do servidor no processo, ou o grau de eventual influência que dessa atuação possa resultar na formação do convencimento judicial.

Das demais hipóteses de impedimento, uma delas encontra-se mais diretamente ligada à necessidade de se realizar efetivamente o *duplo grau de jurisdição* que propriamente com a eventual parcialidade do juiz. É o que ocorre com o impedimento do juiz que "*tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão*" (art. 252, III).

Note-se que, nesse caso, o impedimento ocorre apenas para que a questão seja apreciada também *por outro órgão judicante*, sem prejuízo da validade do primeiro

julgamento. Impende observar, então, que, nesse caso, o impedimento decorrerá da existência prévia de apreciação ou decisão anterior acerca da questão de fato ou de direito. O que será determinante dessa espécie de impedimento é, portanto, a prática de ato anterior de conteúdo *decisório*, e não de simples movimentação processual, sem maiores consequências. O simples recebimento da denúncia ou queixa, por exemplo, embora portador de certo conteúdo decisório, não será causa de impedimento, uma vez que as questões mais relevantes do processo, sejam elas de fato, sejam de direito, não são frequentemente resolvidas naquele momento. Obviamente ocorrerá impedimento se a decisão anterior foi em sentido contrário, isto é, de *rejeição* da denúncia ou queixa, hipótese em que o conteúdo decisório é manifesto e evidente.

Haverá também impedimento quando o juiz, seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito (art. 252, IV). Como *parte*, a hipótese se daria no curso de ação penal privada, tanto na qualidade de querelante quanto de querelado. Como diretamente interessado, seria o caso em que as pessoas ali mencionadas pudessem ser titulares de um interesse de natureza *não penal* em face do acusado (recomposição civil do dano, por exemplo).

Ainda no campo dos *impedimentos*, prevê o Código que, nos juízos coletivos (nos tribunais), não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem parentes entre si (consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive), diante da possível influência que o parentesco poderá gerar no espírito dos julgadores, tratando-se, também aqui, de matéria afeta à imparcialidade propriamente dita (art. 253).

Nos procedimentos do Tribunal do Júri, são impedidos de servir no mesmo conselho de sentença, marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto, madrasta ou enteado (art. 448, CPP), o mesmo ocorrendo em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar, além das demais causas de impedimento, suspeição e incompatibilidades dos juízes togados (art. 448, §§ 1º e 2º,

CPP). Mais se dirá sobre o tema no respectivo capítulo (processo da competência do Tribunal do Júri).

Já em relação aos casos de *suspeição*, os fatos e/ou circunstâncias objetivas que poderão influenciar o ânimo do julgador são encontrados *externamente* ao processo. E, tal como ocorre com aqueles que determinam o *impedimento*, podem ser *objetivos* (em relação ao objeto) ou *subjetivos* (em relação ao sujeito envolvido), atingindo, de modo absoluto, também como aquele (impedimento), a imparcialidade do julgador.

Vejamos o art. 254 do CPP.

São causas de suspeição do julgador a *amizade íntima* ou a *inimizade capital* com qualquer das partes (inciso I); o fato de estar o juiz, seu cônjuge, ascendente ou descendente respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia (inciso II); se o juiz, ou seu cônjuge ou parente, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes (inciso III); se tiver aconselhado qualquer das partes (inciso IV); se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes (inciso V); e, finalmente, se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo (inciso VI).

Embora a maioria das hipóteses de suspeição não exija maiores considerações, podemos apontar, em todas elas, a existência de situação objetiva – isto é, fato bem delineado –, ora a depender de outra (situação) de natureza subjetiva, ora suficiente para tornar suspeito o juiz.

Tome-se o exemplo das hipóteses elencadas nos incisos IV, V e VI do citado art. 254. Ali não há referência a qualquer relação de parentesco do juiz com os envolvidos, mas unicamente a existência de fatos, bem delimitados, que, *a juízo do legislador*, são suficientes para influir no espírito e no ânimo do julgador. E, ao mencionarmos fatos aqui denominados *objetivos*, estamos nos referindo a fatos que independem do exame concreto de sua efetiva influência na imparcialidade do julgador, tal como ocorrerá, ao contrário, em relação aos fatos que tornam o juiz incompatibilizado com o processo (art. 112, CPP). A valoração do risco de violação à regra da imparcialidade é feita, pois, previamente pelo próprio legislador.

Segundo nossa legislação, o fato de ser credor ou devedor, tutor ou curador, de

qualquer das partes, impede o exercício livre da jurisdição, no ponto em que toca à liberdade da formação do convencimento judicial. Essa liberdade poderá ou não ser atingida no caso concreto, mas, independentemente de qualquer consideração, uma vez presente o fato *objetivo* da tutela ou curatela, do débito ou do crédito, será suspeito o juiz, devendo tal suspeição ser declarada de ofício ou por provocação das partes.

Um reparo em relação ao inciso VI do aludido art. 254: ao contrário do que nele está previsto, o juiz não poderá ser administrador de sociedade (a não ser associação de classe), em face de vedação expressa da Lei Orgânica da Magistratura (art. 36, II Lei Complementar nº 35/79).

O aconselhamento a que se refere o art. 254, IV, diz respeito ao aconselhamento *profissional*, que tenha possibilitado ao juiz um conhecimento mais amplo dos fatos que *aquele constante do processo*, porque veiculado no curso de uma relação cliente-profissional anterior.

No que diz respeito à inimizade capital ou amizade íntima, a questão não é de Direito Penal nem de Processual Penal. Trata-se de dado da realidade a ser examinado em cada caso concreto, no âmbito dos costumes e do ambiente cultural de cada comunidade, em que se possa aferir a efetiva influência da relação de amizade ou de inimizade no ânimo do julgador. Aqui, as dificuldades são bem maiores, sobretudo nas pequenas comarcas do interior, em que frequentemente se confunde a intimidade com a cordialidade e se considera o comportamento segundo padrões distintos de educação.

Quanto ao parentesco por afinidade, registre-se que esta cessará pela dissolução do casamento, salvo se sobrevierem descendentes; mas o juiz não funcionará no processo quando for parte seu sogro, genro, cunhado ou enteado, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes (art. 255). Resumindo: ainda que cessada a afinidade, permanecerá o impedimento.

Anote-se, ainda, nova hipótese de incompatibilidade trazida pela Lei 13.964/19, que reputamos inconstitucional (ver item 8.2.1.1), cuja vigência atualmente se encontra suspensa.

Finalmente, a suspeição *provocada*, ou seja, a injúria ou qualquer outro ato praticado no curso da causa unicamente para afastar o juiz, não o torna suspeito, conforme previsto no art. 256 do CPP.

No que toca, então, aos fatos e circunstâncias, objetivas e subjetivas, que podem afetar a desejada imparcialidade do julgador, restaria apreciar a *incompatibilidade* a que se refere o art. 112 do CPP.

Enquanto os casos de suspeição e de impedimento encontram-se expressamente arrolados (arts. 252, 253 e 254) e tratam de fatos cuja configuração final ostenta uma boa dose de objetividade, bastando a só comprovação de sua existência para se ter por atingida a imparcialidade, as hipóteses de incompatibilidade, ao contrário, reclamam o exame detido de cada situação concreta, quando não afirmada de ofício pelo magistrado.

Explica-se: o juiz estará impedido ou será considerado suspeito desde que presentes algumas das situações mencionadas no Código de Processo Penal, independentemente de se demonstrar que aqueles fatos e/ou circunstâncias seriam aptos e poderiam efetivamente influir no ânimo e no espírito do órgão judicante. Como já afirmamos, o juízo que se realiza acerca de tal questão (afetação da imparcialidade) é feito previamente pelo próprio legislador. E, tratando-se de normas assecuratórias de garantias processuais individuais, não há por que recusar validade a elas.

Já em relação às incompatibilidades, não há previsão expressa de nenhum fato, circunstância ou condição especial do agente ou de quaisquer dos sujeitos do processo para o fim de identificação de incompatibilidade do juiz com o julgamento da causa. Não há, pois, a elaboração da *casuística* legal das incompatibilidades.

Aqui se incluiriam, por exemplo, as recusas do juiz sob o fundamento de razões de *foro íntimo*, quando, embora não expressamente arrolada a causa (fato e/ou circunstância) como hipótese de impedimento ou de suspeição, o próprio julgador reconhecesse a influência dela na formação de seu convencimento. É quanto basta para que se afaste o juiz do processo, sob o fundamento, então, de *incompatibilidade*.

No julgamento do HC nº 82.798/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (*Informativo STF* nº 315, agosto de 2003, p. 2), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a desnecessidade de fundamentação judicial para a declaração *ex officio* de impedimento para a causa. Embora conste da ementa do julgado que a hipótese era de *suspeição*, verifica-se, sem dificuldades, ali mesmo – na própria ementa –, que dizia respeito à causa de *incompatibilidade* (art. 112, CPP), por *motivo de foro íntimo*. Ora, se a motivação é de foro íntimo, não se cuidaria de nenhuma hipótese de suspeição, que, consoante se observa do art. 254 do CPP, tem previsão expressa e minudente. E mais: exige fundamentação por escrito, com a referência expressa à respectiva *causa* (art. 97, CPP).

Um outro exemplo, já a ser suscitado por uma das partes, e não pelo próprio juiz: o Código de Processo Penal prevê como caso de impedimento do juiz o fato de ter ele atuado como *testemunha* no processo (art. 252, II). Evidentemente, estamos falando de situação em que o magistrado depoente *não era* o juiz da causa na época do testemunho.

Entretanto, não há previsão de impedimento nem de suspeição para o caso em que o cônjuge do juiz, por exemplo, tenha sido ouvido como testemunha no processo. Embora não prevista na *casuística* legal, não há dúvida de que a imparcialidade do julgador estaria comprometida sensivelmente, no que respeita à possível e compreensível atribuição, prévia, de veracidade do depoimento de seu cônjuge. A hipótese, portanto, seria de incompatibilidade.

Uma última observação acerca das hipóteses de afetação do ânimo da autoridade judicante, aliás já adiantada por ocasião do estudo das exceções processuais. O Código de Processo Penal faz referência apenas à suspeição e ao suborno (caso típico de incompatibilidade) como hipóteses de nulidade do processo (art. 564, I).

É bem de ver, todavia, que não há razão lógica nem possibilidade real de se determinar uma graduação da gravidade da violação da imparcialidade para se apontar apenas a suspeição e o suborno do juiz como causas de nulidade absoluta do processo. O ponto nodal da questão é um só: a preservação da liberdade de convencimento judicial, passível de afetação, como vimos, tanto em razão de causa

determinante da suspeição quanto de impedimento e de incompatibilidade.

10.2.2 Poderes gerais e iniciativa probatória

Ao juiz defere-se a direção do processo, devendo ele zelar pela regularidade de seu desenvolvimento, para o que poderá dispor até mesmo da força pública (leia-se, o concurso ou o auxílio dos agentes policiais).

No item anterior, cuidamos da imparcialidade do juiz, procurando apontar as causas previstas em lei, expressamente ou não, como suficientes para seu afastamento.

Aliás, já havíamos assinalado a posição de destaque que o atual modelo acusatório do processo penal brasileiro atribui à regra da imparcialidade do juiz, na linha de todos os ordenamentos jurídicos que, há muito, superaram o modelo essencialmente inquisitivo.

Como observamos, há autores, porém, que veem o nosso atual sistema processual penal como de caráter eminentemente inquisitorial. Semelhante posicionamento deve-se a questões relativas à prova ou, mais especificamente, à iniciativa e gestão probatória deferida ao Juiz Criminal. Embora estejamos de acordo com a fundamentação, não acompanhamos as conclusões que dela foram extraídas, no sentido de reconhecer a existência entre nós de um sistema inquisitorial de processo penal.

Primeiro, reexaminemos a questão relativa à apontada *gestão* da prova.

Em um sistema processual pautado no livre convencimento motivado, isto é, na liberdade que se defere ao juiz para a valoração da prova, seria muito difícil estabelecer parâmetros bem delimitados para a atuação judicial (no que respeita à escolha da *pertinência* e do controle do material probatório), sem que se pudesse falar em certo gerenciamento desta atividade.

Somente no sistema denominado *adversary*, também chamado de sistema *de partes*, modelo tipicamente anglo-americano, é que a atividade de controle da prova é exercida unicamente sob o aspecto da legalidade de sua produção, introdução e valoração. Mas também ali não há como negar que a existência de um controle

estritamente de legalidade já implica certo grau de gestão da atividade probatória. E nem por isso se poderia reconhecer a presença de elementos típicos do sistema inquisitorial.

E mais. No Direito estadunidense, há distinção entre dois modelos distintos de jurisdição. Um, no qual o julgamento é atribuído do júri (leigos); e outro, de competência do juiz togado. Quando a decisão pertence ao júri, é natural que a atividade do juiz seja apenas a de controle de legalidade da prova; quando, ao contrário, defere-se a ele a solução da causa, não se lhe recusa também a determinação de esclarecimentos acerca da prova produzida.

O problema não parece ser o da *gestão* da prova, mas, sim, o fato de se atribuir a iniciativa probatória ao juiz, conforme vem disposto no art. 156 do CPP, portador de evidente inconstitucionalidade ao deferir ao magistrado a possibilidade de determinação, de ofício, de prova na fase de investigação.

Tudo parece girar em torno da busca da tal verdade *real*, responsável por inúmeros abusos e violações de direitos individuais, ontem e ainda hoje. Com efeito, a nossa legislação processual é de 1941 e teve inspirações inegavelmente autoritárias. Note-se, porém, que todo aquele ordenamento deve ser reinterpretado à luz da ordem constitucional de 1988, pelas tantas e variadas razões já expostas nesta obra. Assim, embora reconheçamos a amplitude da iniciativa probatória deferida ao juiz no Código de Processo Penal, não podemos esquecer que esta atividade probatória somente deve se desenvolver *a partir da existência de dúvida razoável sobre ponto relevante* do processo, não sendo aceitável, porém, e em nenhuma hipótese, a adoção de posição *supletiva ou subsidiária* da atuação do órgão de acusação.

E fazemos aqui, mais uma vez, uma relevantíssima distinção: a iniciativa probatória do juiz, quando utilizada para esclarecimentos ou integração da prova produzida pela defesa, deve perfeitamente ser aceita, sem maiores restrições, por todas as razões principiológicas (a inocência, o sistema de garantias individuais, a *par conditio* etc.) já aqui apontadas, no capítulo referente aos princípios fundamentais do processo penal. O mesmo não pode ocorrer em relação à atividade *supletiva* da atuação da acusação, não só por violação ao sistema acusatório, mas ao princípio da

igualdade de armas (*par conditio*), na medida em que o Estado estaria atuando em posição de evidente e desigual vantagem. O tema já foi amplamente analisado no item relativo à prova, bem como no capítulo 1, onde se elogiou o novo art. 3º-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/19, bem como a figura do *juiz das garantias*.

Não vemos, assim, a descaracterização do modelo acusatório pelo simples fato de o juiz possuir iniciativa probatória. A nosso aviso, a instituição de um órgão estatal específico para tutelar os interesses da acusação, como é o caso do Ministério Público, além das franquias e liberdades públicas garantidas no art. 5º da CF, afirmam a existência de um sistema de perfil essencialmente acusatório.

Da fase de investigação, devem cuidar a autoridade policial, que, precipuamente, por ela é responsável, e, também, o Ministério Público, a quem compete, ao final das investigações, emitir juízo acerca da questão penal (oferecimento de denúncia, requerimento de arquivamento, requerimento de novas provas etc.). Não cabe ao magistrado a aferição e/ou o controle de idoneidade do material investigativo. E isso por uma razão muito simples: não cabe a ele julgá-lo, por ocasião do exercício da jurisdição; o julgamento tem em mira o material produzido essencialmente (exceção feita às perícias e provas irrepetíveis) na fase instrutória, realizada em contraditório, com a ampla participação e atuação da defesa. Aqui, então, a inconstitucionalidade da medida (art. 156, CPP) parece-nos patente, já que relativa à atividade nitidamente acusatória, cuja tutela é constitucionalmente atribuída ao Ministério Público e à autoridade policial.

10.2.3 Juiz natural

Não há necessidade de se repetir aqui tudo o quanto já foi mencionado em relação ao princípio do juiz natural, que vem a ser o órgão da jurisdição cuja competência tenha origem na própria Constituição e tenha sido fixada anteriormente ao cometimento da infração penal. Trata-se da aplicação das normas relativas à vedação do juiz ou do tribunal de exceção e da exigência de competência *material* do juiz,

tendo em vista que *ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade judiciária competente* (art. 5º, LIII).

A competência a que estamos nos referindo é aquela decorrente da especialização da jurisdição, ou seja, aquela fixada em razão da matéria ou em atenção à função exercida pelo acusado, a reclamar o julgamento por órgão de jurisdição colegiada. A competência *territorial*, como já vimos, atende a outra ordem de considerações, sendo fixada mais no interesse da atividade probatória das partes – daí tratar-se de competência *relativa*, sujeita à preclusão –, uma vez que o interesse público no correto e adequado exercício da jurisdição estará resguardado com a atuação do juiz *materialmente competente*.

O princípio do juiz natural, do ponto de vista substancial, pressupõe ainda o juiz *imparcial* e *independente*, sobretudo porque a imparcialidade sem independência não nos parece realizável.

Assim, e por isso, a própria Constituição Federal cerca o magistrado de inúmeras garantias *materiais*, entre as quais avultam a irredutibilidade de vencimentos, a vitaliciedade e a inamovibilidade, tudo nos termos do art. 95, além de prerrogativas processuais, aí já estabelecidas mais em razão da tutela do *exercício* da função (para o fim de evitar solução de continuidade na atividade judicante) que propriamente da imparcialidade.

10.2.4 Princípio da identidade física do juiz

Como já deixamos assentado, a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, trouxe importante inovação no processo penal brasileiro, inserindo na atual ordem o princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP).

O conceito e consequências jurídicas do instituto foram devidamente apreciados por ocasião dos estudos atinentes à teoria da prova (item 9.1, *b*), para o qual remetemos o leitor.

10.3 Do Ministério Público

O Ministério Público, cuja origem, ao menos em sua configuração mais atual, remonta ao século XVIII, em França, cumpre papel relevantíssimo no modelo processual acusatório, podendo-se visualizar, em suas raízes, quase a mesma base teórica da construção da jurisdição.

Do mesmo modo que a instituição de uma Justiça Pública foi consequência do crescimento e da expansão do Estado, embora sob justificativas as mais diversas, também o Ministério Público se revelou como o resultado da ampliação dos poderes de intervenção estatal, a partir de uma justificação comum, sobretudo no campo penal: a necessidade de se impedir a vingança privada, com a jurisdicionalização da solução dos conflitos sociais, em critérios pautados pela e na racionalização do poder. Era o tempo e o apogeu do Iluminismo, e sua (paradoxal) profissão de *fé* na razão como único caminho possível para a verdade das ciências.

Demonstrada a inconveniência do modelo acusatório *privado* que se desenvolveu na Antiguidade, e já a partir do século XVIII, após longo e tenebroso período de inquisição eclesiástica, evoluiu-se (em tese) para a elaboração de uma Justiça Penal *Pública*, sem distinção entre a natureza privada e pública de delitos, a cargo do Poder Público, tanto no que diz respeito à função de *jurisdição*, ou seja, de dizer o direito, quanto na formulação da acusação. No sistema acusatório *privado*, a realização da Justiça Penal era deixada ao livre interesse das partes envolvidas (nos delitos privados) e do particular (qualquer pessoa do povo tinha legitimação para a instauração da persecução penal) nos chamados delitos públicos (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 23-33 e 229).

É nesse momento que surge a figura do Ministério Público, como órgão do Estado responsável pela promoção da persecução penal, retirando do juiz quaisquer funções de natureza pré-processual (ou *investigatórias*), desde que atinentes à apuração dos fatos e à formulação da acusação, como a depurar e preservar o quanto possível a sua *imparcialidade*.

No Brasil, a instituição de um modelo essencialmente acusatório somente veio a lume com a Constituição da República de 1988, com uma completa redefinição do papel do Ministério Público na ordem jurídica, contemplado, além da titularidade

privativa da ação penal pública, com inúmeras e relevantes funções na defesa jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127 e 129, CF).

Para o exercício de tais funções, o constituinte não poderia agir de outra maneira: instituiu um organismo construído sob os princípios (institucionais, pois) da *independência funcional*, da *unidade* e da *indivisibilidade*, reservando aos seus membros, para o adequado desenvolvimento de suas tarefas, importantes prerrogativas junto aos Poderes Públicos e mesmo aos particulares.

Vejamos, então, como se manifestam tais princípios e prerrogativas no interior da relação processual penal.

10.3.1 A imparcialidade

Ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Público não é órgão *de* acusação, mas órgão *legitimado* para a acusação, nas ações penais públicas. A distinção é significativa: não é por ser o titular da ação penal pública, nem por estar a ela obrigado (em razão da regra da obrigatoriedade, já estudada), que o *parquet* deve *necessariamente* oferecer a denúncia, nem, estando esta já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias. Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas *da ordem jurídica*, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante *da* e *na* jurisdição penal.

Não falta quem, na luxuosa companhia do grande Carnelutti, não acredite e mesmo desdenhe da imparcialidade do Ministério Público. Costuma alegar-se que o *parquet* é essencialmente órgão de acusação e, por isso, deve mesmo desempenhar esse papel, orientado por tais finalidades, que seria a única maneira de se obter um conhecimento mais amplo da questão penal. É que a estrutura dialética do processo exigiria: (a) uma afirmação consistente (acusação), (b) uma negação integral dela (defesa) e (c) o desenvolver consequente do esclarecimento das aludidas teses.

Pensamos que nem tudo *deve ser* como *parece*.

Em primeiro lugar, é certo que uma atuação exclusivamente acusatória milita em favor de uma mais completa abrangência da questão penal, permitindo que a tese acusatória se ponha em igualdade de condições, para fins de argumentação e de prova, com a tese defensiva. É verdade.

Ocorre, todavia, que a nossa ordem constitucional não parece tão preocupada assim com a aludida igualdade. Ao contrário, talvez por reconhecer a realidade desigual entre os órgãos estatais e o acusado, em todo e qualquer processo, optou por enfatizar o *princípio da ampla defesa* e não o da ampla acusação. De outro modo: o processo penal se realiza pela ampla defesa, não havendo previsão equivalente para a efetivação dos interesses acusatórios. Não há, repita-se, *ampla acusação*.

Em segundo lugar, não se pode também querer afirmar a posição essencialmente acusatória do Ministério Público pelo só fato de se encontrar, no dia a dia dos processos judiciários, atuações pautadas nessa perspectiva. É dizer: não é porque a coisa *é assim* que *deve* continuar a sê-lo. Uma coisa é o que *é*; outra, o que *deve ser*. O espaço do Direito é o da segunda afirmação (o *dever ser*).

Rejeitamos, assim, e inteiramente, pretensões tendentes à *parcialização* da atuação ministerial. Nem a efetiva preocupação com uma verossimilhança (verdade processual) mais consistente justifica a perda de imparcialidade de um órgão público associado à persecução penal.

De outro lado, a obrigatoriedade, como já visto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento (*opinio delicti*) acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal, se presentes o fato (materialidade) criminoso (sua qualificação jurídica) e a autoria.

Portanto, a imparcialidade deverá permear toda a atividade do Ministério Público, em todas as fases da persecução penal, incluindo a fase pré-processual, reservada às investigações. Evidentemente, não é por isso que estará o *parquet* obrigado a estabelecer o contraditório e a ampla defesa em procedimentos administrativos por

ele instaurado, uma vez que a fase de investigação deve realizar-se com a maior brevidade possível e com o sigilo necessário à coleta do material probatório. Do mesmo modo, não se há de exigir tais providências durante o inquérito policial. O que não significa o alheamento da defesa nessa fase; o sigilo somente se justifica para a coleta de material sem o qual (sigilo) a ele não se chegará. Não há e nem pode haver ações estatais garantidas pelo *segredo!*

O atuar imparcial do Ministério Público está relacionado com a inteira liberdade que se lhe reconhece na apreciação dos fatos e do direito a eles aplicável. O Ministério Público é livre e *deve* ser livre na formação de seu convencimento, sem que esteja vinculado a qualquer valoração ou consideração prévia sobre as consequências que juridicamente possam ser atribuídas aos fatos tidos por delituosos. Nunca é demais repetir: *ao Estado (e, aqui, ao Ministério Público) deve interessar, na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente*. Essa é a verdadeira leitura a ser feita da norma do art. 257 do CPP.

10.3.2 Suspeição, impedimento e incompatibilidade: consequências

Daí o disposto no art. 258 do CPP, a ditar as situações em que, afetada a imparcialidade do órgão ministerial, poderá ele ser afastado do processo. As hipóteses de afastamento são as mesmas aplicáveis aos juízes (casos de suspeição, impedimentos e incompatibilidades), no que lhes couber (exemplo de inaplicabilidade dos impedimentos relativos aos juízes encontra-se no art. 253, CPP).

O procedimento de impugnação de suspeição, impedimento ou incompatibilidade do órgão do Ministério Público é aquele previsto no art. 104 do CPP.

Se não há problemas quanto aos casos de violação à regra da imparcialidade do agente ministerial, o mesmo não ocorre em relação às consequências jurídicas que podem resultar do apontado vício.

Obviamente, estamos nos referindo às hipóteses de impedimento, suspeição ou incompatibilidade comprovadas *após* o trânsito em julgado da sentença penal. E isso

porque, se a arguição ocorre *durante* o processo, o incidente será resolvido antes do julgamento da causa. Em relação à sentença *absolutória* passada em julgado, o problema também não se põe, diante da vedação da revisão *pro societate*, isto é, da impossibilidade de se promover a revisão do julgado *no interesse da acusação*. O tema já foi amplamente estudado por ocasião da abordagem dos princípios fundamentais do processo penal.

A controvérsia poderá surgir, porém, em relação à decisão final *condenatória* da qual não caiba mais recurso, em processo no qual seja possível, depois, identificar-se causa de afetação à imparcialidade do Ministério Público.

Vejamos.

Nos termos do art. 104 do CPP, quando se tratar de processo incidente relativo à exceção de impedimento, suspeição ou incompatibilidade do membro do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá *sem recurso*.

Também o art. 581, que cuida do recurso em sentido estrito, cabível, em regra, contra determinadas decisões interlocutórias, não contempla a possibilidade de impugnação da decisão que resolve o apontado incidente. Poder-se-ia argumentar com a aplicação analógica da regra prevista no inciso III do citado art. 581, que trata das exceções de incompatibilidade, impedimento e suspeição *dos juízes*, quando *julgadas improcedentes*.

Parece-nos, contudo, que, em relação ao *parquet* (art. 104) e aos peritos, intérpretes, servidores e funcionários da Justiça (art. 105), o legislador, abertamente, adotou solução diversa. Fala-se, ali, em decisões *sem recurso*, com o que fica afastada a possibilidade de aplicação de qualquer outra norma que esteja em contradição com aquela.

Embora incabível recurso *nominado* (ou seja, previsto expressamente), parece-nos perfeitamente possível que a matéria seja objeto de impugnação por ocasião da apelação, como decisão interlocutória que é. Também se nos afigura cabível o manejo do *habeas corpus*, sob o fundamento da existência de coação ilegal, por falta de justa causa (art. 648, I, CPP), decorrente do vício ocorrido na formação da *opinio delicti*. A hipótese, todavia, seria de nulidade *relativa* (porque diretamente relacionada com

o caso concreto), a depender de provocação tempestiva da parte. Por isso, somente seria possível *enquanto ainda não julgada definitivamente a ação penal*.

Ao que se vê, então, a violação da imparcialidade do membro do Ministério Público não mereceu a mesma atenção daquela dedicada ao órgão da jurisdição, certamente porque, ao fim e ao cabo, a decisão final é sempre de responsabilidade deste último. Para o Código de Processo Penal, o maior ou menor empenho do *parquet* (a depender do grau de suspeição e/ ou impedimento) poderá ser *corrigido* pela atuação imparcial do julgador, que, como se sabe, é livre na formação de seu convencimento.

Portanto, na hipótese de sentença condenatória passada em julgado, não se poderá anular o processo, com fundamento na parcialidade do *parquet*.

No que respeita à existência de relação de amizade íntima entre o membro do Ministério Público e o(s) possível(is) autor(es) de determinada infração penal, a solução será a mesma: se *absolutória* a decisão, o trânsito em julgado impedirá a reabertura das discussões, *sob qualquer fundamento*; se requerido e determinado o *arquivamento* do inquérito, somente a presença de provas *novas* é que autorizará a abertura de novas investigações. Não vemos, pois, como resolver o problema de outra maneira. Ressalte-se, ainda, que o juiz, ao contrário do que ocorre em relação ao defensor, não pode exigir nem determinar, *de ofício*, a substituição do membro ministerial que estiver oficiando nos autos, ainda que sob fundamento de negligência ou evidente parcialidade. Isso não seria possível por absoluta falta de previsão legal e pela independência funcional do Ministério Público também em relação ao juiz.

Assim, de um modo ou de outro, no que se refere aos apontados efeitos decorrentes de decisão já passada em julgado, quando absolutória ou de *arquivamento*, a responsabilidade decorrente da má atuação do Ministério Público, ou seja, da falta ou do serviço mal executado, deverá repercutir unicamente no interesse do respectivo titular (Estado).

10.3.3 O promotor natural

Conforme já assinalado, o Ministério Público apresenta como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Na verdade, unidade e indivisibilidade não são outra coisa senão frente e verso de uma mesma realidade.

Por *unidade* há de se entender a integralidade do órgão ministerial, a impedir o seu fracionamento enquanto instituição pública, sem prejuízo, por óbvio, da distribuição operacional de suas atribuições.

Embora *uno* o Ministério Público, as suas *atribuições* são distribuídas entre órgãos distintos, segundo a missão constitucional de cada um deles. Daí a repartição da matéria a partir das funções específicas do Ministério Público da União (integrado pelo Ministério Público Federal, pelo Ministério Público do Distrito Federal e pelo Ministério Público Militar) e do Ministério Público dos Estados, junto às respectivas jurisdições, caso da Justiça Federal, da Justiça do Distrito Federal e da Justiça Militar Federal e, finalmente, da Justiça dos Estados. A unidade é, pois, uma característica muito mais *orgânica* que propriamente *funcional* do Ministério Público.

Já a *indivisibilidade* tem reflexos diretamente no interior da relação processual penal, no sentido de permitir que qualquer integrante do respectivo *parquet* (do Ministério Público Federal, nas causas processadas perante a Justiça Federal; do Ministério Público Estadual, naquelas processadas perante a Justiça Estadual) possa validamente participar do processo em curso, sem necessidade de novas e específicas designações.

Nesse sentido, decisão do STJ (EResp 1.327.573/RJ, Rel. originário e voto vencedor Min. Ari Pargendler, Rel. para Acórdão Min. Nancy Andrighi, 27.02.2015) reconhecendo legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar diretamente como parte no âmbito do STJ, tratando-se de recurso a ser julgado perante aquele Tribunal. Em direção oposta, determinando que a *Defensoria Pública* estadual não pode atuar naquele mesmo Tribunal, por se tratar de prerrogativa da Defensoria Pública da União, HC 118.294/AP, 07.03.2017, Rel. para o acórdão Min. Roberto Barroso.

O Ministério Público é, portanto, indivisível, podendo ser *presentado* por quaisquer de seus integrantes. Insistimos no vocábulo *presentado* porque, ao contrário da linguagem corrente, os membros do *parquet* não o *representam*, mas, como órgãos de uma mesma instituição orgânica, o *presentam*, ou seja, se fazem *presente*. Na *representação*, a atuação do órgão é feita por quem não o integra. Na *presentação*, feita por determinado membro, é a própria instituição que está atuando diretamente.

Além disso, ao contrário do que se pensa, e por vezes se afirma, o princípio da independência funcional não guarda relação de prejudicialidade insuperável com o da unidade.

A unidade está ligada às questões relativas à impossibilidade de fracionamento do Ministério Público, enquanto organização institucional do Poder Público, com atribuições constitucionais específicas. Não se opõe à ideia de independência funcional, na medida em que tal princípio (o da independência) é eminentemente – como o próprio nome indica – funcional, particularizado na tutela da liberdade de convencimento e de atuação dos membros do *parquet*.

Foi exatamente a *independência funcional* que forneceu a matéria-prima para a elaboração teórica do princípio do promotor natural, cuja inspiração se assenta na mesma base daquela relativa ao do juiz natural: a vedação da instituição do órgão (juiz, e também aqui, promotor) de exceção, ou seja, cuja designação não tenha se originado a partir de critérios rigidamente *impessoais*.

Sustenta-se, na doutrina do promotor natural, que, tal como ocorre com o juiz, a escolha do promotor para a atuação em determinado caso penal há de ser feita sempre segundo as regras previamente estabelecidas para a distribuição dos serviços naquele órgão.

As funções ministeriais, por se tratar de instituição cuja configuração orgânica e funcional tem sede na própria Constituição, e que, por isso, são exercidas por verdadeiros agentes políticos, somente por Lei poderiam ser atribuídas aos seus membros, sendo vedada a interferência hierárquica da chefia do Ministério Público.

A independência funcional, então, como característica primordial do *parquet*, ao

menos no que respeita à sua atuação, impediria o afastamento imotivado de seus membros, para o fim de fazer prevalecer uma prévia e já determinada orientação emanada dos órgãos superiores da instituição. Somente a Lei (e tais são as hipóteses, por exemplo, de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, férias, licenças, remoções, promoções etc.) poderia prever casos de novas designações e/ou substituições dos membros do Ministério Público, resultando ilegais, por violação ao princípio do promotor natural, todas as demais que não tivessem origem legal.

A nosso aviso, e assim tem sido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir do julgamento do HC nº 67.759-2/RJ, bem como do Superior Tribunal de Justiça (*RT* nº 755/566), há duas questões básicas a serem resolvidas na construção da teoria do promotor natural. Antes, porém, registre-se: no julgamento do HC nº 83.463/RS, Rel. Min. Carlos Velloso (*Informativo STF* nº 350, 9.6.2004), reafirmou-se o posicionamento daquela Casa no sentido de *rejeição* do princípio do promotor natural. Nesse mesmo sentido, registre-se o HC nº 90277/DF, Rel. Min Ellen Gracie, julgado em 17.6.2008. Ao que nos parece, não foi ali devidamente apreciada a questão sob a perspectiva da *vedação do promotor de exceção*, tal como se reconhece no Superior Tribunal de Justiça.

Pois bem. A primeira das questões diz respeito à independência funcional. Até onde iria a aplicação deste princípio?

Dissemos já que o princípio da unidade não guarda relação de prejudicialidade insuperável com este, da independência funcional, é dizer: embora a noção de *unidade* possa indicar a de *uniformidade*, não significa que todos os membros do Ministério Público devam atuar *de uma única e mesma maneira*, para o fim de preservar essa suposta unidade. Precisamente, a independência funcional o impediria. Independência no que respeita à liberdade de convencimento, de fato e de direito, sobre qualquer matéria a ele atribuída e quanto às consequências jurídicas a serem extraídas e efetivadas em relação a ela.

Mas não é por que o membro do *parquet* atua sob a garantia da independência funcional que a instituição, *como um todo*, poderia se encontrar submetida ao risco de engessamento funcional, no desempenho de suas relevantes tarefas

constitucionalmente estabelecidas. Um exemplo bem simples: na hipótese de discordância do juiz quanto ao requerimento de arquivamento de inquérito ou das peças de informação da notícia-crime, dispõe o art. 28 do CPP, e, no âmbito do Ministério Público da União, o art. 62 da Lei Complementar nº 75/93, que o Procurador-Geral de Justiça (no primeiro caso) e a Câmara de Coordenação e Revisão do MPU (no segundo) poderão acolher a manifestação do juiz e designar novo membro para o *oferecimento da denúncia*. No caso do MPU, a designação compete ao Procurador-Geral, podendo ser delegada à respectiva Câmara (art. 50, I, Lei Complementar nº 75/93).

Eis o falso problema: em semelhante situação, poderia o membro então designado (pelo Procurador-Geral) recusar-se ao oferecimento da peça acusatória, sob fundamento de independência funcional? E, se positiva a resposta, o que ocorreria se todos os demais membros da instituição que estiverem lotados na comarca e/ou Procuradoria tivessem o mesmo entendimento, contrário do PGJ ou do órgão de revisão do Ministério Público?

Quanto à primeira questão, parece-nos que definitivamente não.

A independência funcional já estaria preservada pelo simples fato de se reconhecer ao promotor ou procurador que requereu o arquivamento o *impedimento legal* para oficiar no feito. O novo membro, então designado, atuaria apenas *em nome da instituição* e para o fim exclusivo de promover a iniciativa da ação penal pública, que é dever constitucional do Ministério Público, e não de qualquer um de seus órgãos isoladamente.

Como já tivemos oportunidade de salientar no estudo acerca do arquivamento, mesmo nestas situações, o órgão designado não estará impedido de, ao final, manifestar-se pela absolvição do acusado, como lhe entender de direito, tendo em vista a limitação natural da atuação delegada (isto é: o cumprimento da obrigatoriedade da ação penal).

Também já ressaltamos que os limites desta delegação não chegam a ponto de impedir a inclusão de novos fatos e de novos autores, quando não apreciadas tais questões por ocasião da revisão da decisão de arquivamento, e mesmo quanto à

definição e à consequência jurídica dos fatos a serem imputados ao acusado.

É bem verdade que a hierarquia existente no âmbito do Ministério Público é unicamente administrativa, não estando os seus membros, como regra, submetidos ao império do convencimento da chefia ou de seus órgãos superiores. Todavia, parece-nos efetivamente irrecusável que toda instituição pública se ocupe da formação de mecanismos de controle mínimo de sua atuação *institucional*, cuja finalidade não é outra senão a prestação de serviços de interesses públicos.

O Poder Judiciário, por exemplo, e como todos os demais, também apresenta, em certa medida, uma estrutura minimamente hierarquizada, no sentido de que, embora independentes os seus integrantes (juízes e tribunais), as decisões judiciais submetem-se naturalmente ao controle dos órgãos de instância superior. Controle, pois, de natureza *funcional*. Não vemos por que o mesmo não se dê em relação ao Ministério Público ou qualquer outra instituição pública.

Merece registro aqui, pela qualidade de suas reflexões e de suas ponderações, entendimento em sentido diverso, quanto às respectivas fundamentações, acerca da diferença entre os princípios da unidade e da independência funcional, e segundo o qual a distinção entre tais conceitos (de *independência funcional* e de *unidade*) deveria partir de uma necessária distinção entre os conceitos de *soberania* e de *autonomia*. A *independência funcional* aproximar-se-ia mais do conceito de *autonomia*, no ponto em que revelaria a manifestação livre do órgão singular, enquanto o de *unidade* ligar-se-ia à *soberania*, não no sentido de imperatividade, mas de poder de *coordenação*. Assim, os órgãos de cúpula da instituição exerceriam atividade de coordenação, conforme previsto em lei, cuidando da unidade do Ministério Público; já a independência funcional permitiria o livre exercício da atividade ministerial sem as intervenções diretas de órgãos de chefias (Fernandez Filho, out./dez. 2002, p. 95-105).

Como se percebe, as ponderações feitas pelo ilustre autor, embora presente a distinção conceitual, parecem caminhar no mesmo sentido das conclusões aqui exibidas, no ponto em que se referem à necessidade e à possibilidade concreta de se estabelecerem limites, em certa medida, à independência funcional dos membros do

Ministério Público.

Restaria ainda examinar o princípio do promotor natural sob a segunda perspectiva de que falávamos. A primeira, como visto, diz respeito aos limites da independência funcional. Por aqui, já o demonstramos, ter-se-á a violação do princípio sempre que a designação de novo membro em substituição a outro, cuja atribuição estaria previamente estabelecida, não tiver a sua *motivação* prevista em lei.

Surge, então, a questão relativa à *inamovibilidade* dos órgãos do Ministério Público, como garantia institucional prevista na Constituição da República, e que somente poderá ser afastada por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público (Conselho Superior), pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurados, é claro, o contraditório e a ampla defesa (art. 128, § 5º, I, *b*, com redação dada pela EC nº 45/2004).

Se a independência funcional pode ser apontada como um dos pilares da teoria do promotor natural, cuja necessidade de preservação impediria o afastamento de quaisquer membros para o fim de fazer prevalecer sentimentos, convicções e/ou inclinações pessoais da chefia da instituição, a inamovibilidade desempenha a mesma função, sob fundamentação um pouco distinta.

A inamovibilidade a que estamos nos referindo não é aquela meramente geográfica, que impede a transferência unilateral do órgão do *parquet*, por finalidade e motivação não previstas em lei. Estamos nos ocupando da inamovibilidade que diz respeito às próprias funções do membro oficiante. A proteção, sob esse prisma, ultrapassa as questões ligadas à liberdade de convencimento (independência funcional) para se assentar em outras ordens de considerações relativas ao órgão oficiante. Quando, por exemplo, da designação de novo(s) membro(s) puder resultar o afastamento total ou parcial do exercício das funções originariamente atribuídas a outro, estará sendo também afetada a garantia da inamovibilidade, entendida aqui como o direito ao exercício das funções atribuídas ou inerentes ao cargo.

Assim, de tudo quanto se disse pode-se concluir, em síntese: a exigência do promotor natural está relacionada com a necessidade de preservação da

independência funcional e da inamovibilidade dos membros do *parquet*, a impedir toda e qualquer substituição e/ou designação que não atendam a critérios fundados em motivações estritamente impessoais, e desde que em situações devidamente previstas em lei, como é o caso, por exemplo, das férias, licenças, suspeições, impedimentos, rodízio na distribuição de tarefas, o caso do art. 28 do CPP etc. E, mais resumidamente ainda: promotor natural é a vedação do *promotor* (ou acusador) *de exceção*.

Por essas razões, não prestamos adesão, especificamente em relação à fundamentação do julgado, à decisão do STF, na qual se sustentou a inexistência do promotor natural ao fundamento de sua incompatibilidade com o princípio da indivisibilidade do Ministério Público (RE nº 387.974/DF, Rel. Ellen Gracie). Note se, antes de qualquer consideração, que não se cuidou ali do que se pode chamar de *promotor de exceção*, até mesmo porque, fosse o caso, mais e melhor se demonstraria a necessidade de preservação da independência funcional e da impessoalidade dos atos administrativos do Poder Público.

Contudo, parece-nos não haver qualquer incompatibilidade entre a vedação do promotor de *exceção*, ou do *promotor natural*, e o princípio funcional da indivisibilidade, como, de certo modo, ali se insinuou.

De fato, permitir-se que qualquer membro do *parquet* oficie nos autos de determinado processo, sem a necessidade de designações específicas – daí a indivisibilidade –, é questão que se acha absolutamente a salvo de qualquer indagação. Jamais se sustentou que o promotor *natural* estivesse em direção contrária, isto é, no sentido de que *somente aquele promotor* poderia oficiar em autos que lhe fossem regularmente distribuídos. As substituições, por ausências, licenças, férias e outros impedimentos, estão previstas em lei, até por força do princípio da não solução de continuidade dos atos da Administração Pública. Aliás, também não se põe em dúvida o fato de que a eventual substituição de determinado juiz, no curso de determinado processo, quando prevista em lei, não atinge nem proximamente o *juiz natural*.

Aponte-se que em julgados mais recentes (como, por exemplo, HC 114.093, Rel.

Min. Marco Aurélio, julgado em 21.02.2018), o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a existência e validade do princípio do *promotor natural*.

A doutrina do promotor natural, portanto, sobretudo no que respeita ao aspecto da vedação do promotor de *exceção*, fundamenta-se no princípio da independência funcional e da inamovibilidade (*funcional*) dos membros do Ministério Público, exatamente para que a instituição não se reduza ao comando e às determinações de um único órgão da hierarquia administrativa, impondo-se, por isso mesmo, como *garantia individual*. É nesse ponto, precisamente, que o aludido princípio vai encontrar maior afinidade com o *juiz natural*. Este, orientado também para a exigência do juiz *materialmente competente*, além da vedação do tribunal ou juiz de exceção, constitui garantia fundamental de um julgamento pautado na imparcialidade.

Mas há ainda outra questão, da maior relevância, que, apesar de vir sendo resolvida unicamente sob a perspectiva da *ilegitimidade ativa* do Ministério Público, pode e deve também ser analisada sob o prisma do *promotor natural*. Com efeito, pergunta-se: não é nula – absolutamente – a decisão proferida por Juiz Federal, quando se tratar de crime da competência *estadual?* E mais: não é nula por violação do princípio *do juiz natural*?

Do mesmo modo: não é nulo *o processo*, desde o *oferecimento da denúncia*, quando reconhecida a incompetência *em razão da matéria*, ou, da jurisdição (Justiça Federal e/ou Justiça Estadual)? Em tal situação, não se reconhece a *ilegitimidade* do membro do Ministério Público (Federal ou Estadual) que teria apresentado a peça acusatória e, assim, encaminham-se os autos àquele (MP), titular da *atribuição constitucional* para a ação penal, que, inclusive, poderá livremente pugnar pelo *arquivamento*?

Sabendo *positivas* todas as respostas, quer na doutrina, quer na jurisprudência, conforme ainda teremos oportunidade de ver, acrescentamos: não se cuidaria, então, de violação ao *promotor natural*, ao menos nessa hipótese específica?

Por fim, e do mesmo modo que ocorre em relação à imparcialidade, quais seriam as consequências da violação do princípio do promotor natural? Nulidade absoluta ou relativa de todo o processo intentado e desenvolvido por órgão originariamente sem

atribuição para a causa?

Tanto aqui (o princípio do promotor natural) como ali (a regra da imparcialidade), o problema somente se fará presente a partir do trânsito em julgado de sentença penal *condenatória*, pois:

a) se ainda em curso o processo, a matéria poderá ser apreciada até mesmo em sede de apelação ou de *habeas corpus*, com o que a nulidade *relativa* poderá ser reconhecida;
b) se já passada em julgado a sentença *absolutória*, nada poderá ser feito em razão da vedação da revisão *pro societate*.

Quando condenatória a decisão, e uma vez passada em julgado, restaria saber se seria possível a sua desconstituição sob alegação de violação ao princípio do promotor natural.

No ponto, e diferentemente do que ocorre em relação à imparcialidade do *parquet*, acompanhamos o entendimento do eminente professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1999, p. 98), para quem a violação de semelhante princípio resultaria em nulidade *absoluta*.

Isso porque a vedação do acusador de exceção integra o rol de garantias individuais constitucionais, constitutivas do devido processo legal, ainda que não expressamente alinhadas em nenhum dos incisos do art. 5º da Constituição Federal.

Enquanto a regra da imparcialidade situa-se no âmbito de cada processo *concretamente* considerado, a demandar considerações acerca do eventual prejuízo causado pelo maior ou menor empenho do Ministério Público no processo penal, o princípio do promotor natural erige-se como *garantia* do acusado, abstratamente considerado, como requisito de regularidade e adequação do exercício do Poder Público responsável pela persecução penal. Seria, por assim dizer, uma aplicação por analogia da norma constitucional segundo a qual ninguém será *processado* senão pela autoridade judiciária competente.

E, por fim, em derradeiras considerações, parece-nos, então, não só possível como

necessário abordar o tema do promotor natural sob uma terceira e última perspectiva, que, aliás, já antecipamos: aquela referente às *atribuições constitucionais* do *parquet*. Mais uma vez, o paralelo com o princípio do juiz natural surge como inevitável.

Para simplificar a abordagem, tenha-se em mente a seguinte questão: tendo um Juiz de Direito declinado de sua competência para o Juiz Federal, poderia este receber a peça acusatória subscrita por Promotor de Justiça sem remeter os autos ao Procurador da República que oficia perante o juízo federal?

A nosso aviso, a resposta negativa se impõe, por manifesta violação do princípio do *promotor natural*, tendo em vista que esse é o órgão cuja *legitimação para a causa* decorre de *atribuições* previstas na própria Constituição, tal como ocorre com a competência do juiz natural. Enquanto no âmbito do Judiciário o princípio do juiz natural informa-se pela distribuição de *jurisdição*, segundo a *matéria* e segundo a *função* (prerrogativa de função, *ratione persona*) exercida pelo réu, em relação ao Ministério Público, a fixação do promotor natural tem em vista a distribuição *constitucional* das *atribuições*, também segundo a *matéria e a função*.

Assim, ao menos em relação a essa questão, atinente à *legitimidade ativa* do Ministério Público, a indagar sobre a titularidade da *atribuição constitucional* para o caso penal, não há como negar a inteira adequação do *promotor natural*. Ao tema ainda voltaremos por ocasião do estudo das nulidades.

10.3.4 Atividades investigatórias

Como já tivemos oportunidade de mencionar, o Ministério Público, como órgão constitucionalmente legitimado para a ação penal pública, e, assim, como destinatário de todos os procedimentos de investigação criminal, detém, também ele, prerrogativas e poderes necessários para o fim de determinar diligências investigatórias para a apuração de fatos delituosos, conforme a posição *atual* da Suprema Corte (ver item 4.2).

Entretanto, como estamos estudando o papel do Ministério Público na fase

processual, e não na *pré-processual*, como é a fase do inquérito policial e das demais investigações, remetemos o leitor ao item 4.2, em que tratamos do tema "investigações administrativas".

10.4 Do acusado

Questão inicial que já se põe em relação à figura do acusado diz respeito à capacidade para integrar uma relação processual penal: a *legitimatio ad processum*, ou capacidade de estar em juízo. Enquanto a *legitimatio ad causam* diz respeito à capacidade para determinado e específico processo, a *legitimatio ad processum* refere-se à capacidade para todo e qualquer processo.

O menor de 18 anos, além de penalmente inimputável, não detém também – aliás, por isso mesmo – capacidade ou legitimação *ad processum*.

Já em relação ao maior de 18 e menor de 21 anos, dispõe o art. 262 do CPP que *a ele se dará curador*. Referida disposição, a nosso aviso, não havia sido atingida pelo Código Civil, até mesmo em razão do disposto no art. 2.043 do mesmo *Código*, no qual se afirma que as *disposições penais e processuais* relativas aos institutos por ela abrangidos não seriam ali modificadas.

Tal seria a hipótese da exigência de nomeação de curador, já que não há qualquer impedimento ao tratamento legislativo distinto entre a menoridade penal e a menoridade civil. Precisamente por isso, a imputabilidade penal não foi afetada, bem como não o foram as normas penais que cuidam da aludida menoridade, caso específico também da redução do prazo prescricional para o menor de 21 anos, conforme o previsto no art. 115 do CP.

Entretanto, a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, parece ter alterado a legislação processual penal, ao *revogar expressamente* o art. 194 do CPP, no qual se exigia a nomeação de curador para o réu menor de 21 e maior de 18 anos.

Embora não tenha havido a revogação *expressa* do art. 262 do CPP, que cuida também da nomeação de curador ao réu menor (de 21 anos), para *todo o processo*, pensamos que a hipótese é mesmo de revogação *implícita*, por manifesta

incompatibilidade normativa entre as atuais regras e o citado art. 262.

Ora, se o interrogatório do réu é indiscutivelmente meio de *defesa*, para o qual se exige a nomeação de defensor (art. 185, CPP), parece inaceitável a ideia de que *somente para aquele ato* (interrogatório) seria dispensável a nomeação de curador (conforme revogação do art. 194), remanescendo, porém, a exigência para os demais atos (art. 262). Tratando-se de meio de defesa, como qualquer outro, e no qual é possível (art. 188, CPP) até mesmo a intervenção das partes, não se entenderia a razão de qualquer distinção entre o citado ato e os demais, igualmente no interesse da defesa. É dizer: se não há necessidade de curador para o interrogatório, ainda que em razão da exigência de nomeação de defensor *também para esse ato* (art. 185), por que motivos haveria essa necessidade para outros atos processuais, se também para eles é exigida a participação de *defensor técnico*?

Assim, por absoluta incompatibilidade sistêmica entre a *revogação* do art. 194 e a *manutenção* do art. 262, ambos do CPP, somos pela revogação *implícita* deste último, por força da vigência da Lei nº 10.792/03.

Conforme já mencionado exaustivamente (itens 5.7.1 e 5.7.2.1), a atual menoridade civil não afeta a menoridade penal, consoante o disposto no art. 2.043 do CC (que, aliás, é até dispensável para uma conclusão nesse sentido), repercutindo unicamente em relação à efetividade (e não à *vigência*) do art. 34 do CPP, no que toca à legitimidade ativa para as ações penais privadas.

Quanto à nomeação de curador ao réu menor de 21 e maior de 18 anos, já vimos que a revogação do art. 194 do CPP, conforme art. 10 da Lei nº 10.792/03, implica também a revogação de todas as disposições de igual conteúdo, no ponto em que se alinha a incapacidade civil com a incapacidade processual penal, *apenas e exclusivamente no que se refere ao menor de 21 e maior de 18 anos*, e também apenas no que se refere à necessidade de nomeação de curador. A questão da legitimidade para a ação penal já foi aqui abordada no item 5.7.1, e para lá remetemos o leitor.

Já o absolutamente incapaz, cuja incapacidade resulte de inimputabilidade decorrente de doença ou retardamento mental, e para o qual seja cabível a imposição

de medida de segurança, decorrente da prática de fato típico e ilícito, pode validamente integrar a relação processual penal, ocasião em que, como é óbvio, será devidamente representado por um curador, que poderá ser aquele que já estiver no exercício da curatela *legal*, ou, não havendo esse, a ser nomeado pelo Juiz Criminal (arts. 149 a 154, CPP).

A legitimação do absolutamente incapaz, decorrente de alienação mental, decorre do fato, como vimos, de ele poder ser submetido à medida de segurança, o que somente é possível por meio do processo, já que se cuida de verdadeira condenação.

No que se refere a estes incapazes, cabem algumas distinções.

Se a decisão for absolutória por qualquer outra razão que não seja aquela prevista no art. 386, VI, do CPP ("*existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência*"), conforme previsto nos atuais arts. 20, 22, 23, 26 e 28, § 1º, da Parte Geral do Código Penal, não caberá a imposição de medida de segurança, em razão do princípio da inocência e da então comprovada *não culpabilidade*. Se a medida de segurança fosse possível, não haveria razão alguma para que o Estado não adotasse a mesma providência em relação à totalidade dos incapazes, ainda que sobre eles não pesasse qualquer imputação.

Tratando-se, porém, de absolvição com fundamento no citado inciso VI, do art. 386, desde que comprovada a prática de ato *típico* e *ilícito*, cabível será a aplicação de medida de segurança, pois, diante da ausência de culpabilidade do acusado, não será possível a imposição da pena cominada no respectivo tipo penal. Cumpre observar, então, que a alteração trazida pela Lei nº 11.690/08, permitindo a absolvição *também* em razão de dúvida quanto à existência das excludentes, não se presta a justificar a imposição de medida de segurança, cabível apenas nas hipóteses de comprovada inimputabilidade.

De outro lado, é de se ver ainda que mesmo a impossibilidade concreta de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome (qualificação civil) não impedirá a instauração e o desenvolvimento da ação penal, desde que e se possível a sua *identificação física*, por meio de descrição precisa dos traços e demais

características físico-corporais que permitam a sua completa individualização (art. 259).

Por último, resta mencionar a possibilidade, hoje vigente em nosso ordenamento penal a partir da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, da responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais. Assim, e sem adentrar o mérito da constitucionalidade ou não de tais tipos penais, é de se registrar a capacidade processual das apontadas pessoas jurídicas para figurarem no polo passivo de uma ação penal.

10.5 Do defensor

A ampla defesa, como vimos ao tratarmos do tema relativo às provas, manifesta-se via defesa *técnica, autodefesa*, defesa *efetiva*, bem como pela utilização de *todos os meios* de prova, incluindo aquelas obtidas ilicitamente.

Ao cuidar do acusado e seu defensor, o Código de Processo Penal não deixa margem a dúvidas ao consignar que "*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*" (art. 261). Isso significa a exigência de que todo ato processual se realize na presença de um defensor, devidamente habilitado nos quadros da OAB, seja ele constituído, nomeado exclusivamente para o ato (*ad hoc*) ou dativo, isto é, designado pelo Estado. Eis o que se entende por defesa *técnica*.

A Lei nº 10.792/03 incluiu o parágrafo único ao citado art. 261, fazendo nele constar que "*a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada*".

A providência é salutar, no que se refere à exigência de uma atuação mais efetiva por parte daqueles que, seja por dever de ofício (em carreira organizada), como o defensor público, seja por dever decorrente de nomeação do juiz, o defensor *dativo*, respondem pela defesa técnica do acusado. Na prática, porém, muitas vezes a efetividade da defesa depende da atuação do réu, já que é ele quem detém as informações necessárias à preparação da defesa.

No entanto, a exigência de manifestação fundamentada somente pode ser aplicada nas fases procedimentais em que haja debate sobre questões de *fato* e de *direito*. E como a resposta escrita do art. 396, CPP, antecede à fase de absolvição sumária (art. 397, CPP), na qual se examinam questões de mérito, deve a defesa técnica apreciar em maiores detalhes a acusação, particularmente sobre a questão de direito.

Tratando-se de fase anterior à instrução, na qual a defesa terá oportunidade de se manifestar conclusivamente sobre as questões de fato e de direito, pensamos que não se poderá impor a sanção de nulidade absoluta do processo por ausência de manifestação fundamentada do defensor dativo ou público. A nulidade, quando houver, deverá ser demonstrada pelo réu, de modo a se revelar o prejuízo decorrente da má atuação da defesa técnica, como seria o caso, por exemplo, do não arrolamento de testemunhas já indicadas pelo acusado anteriormente ao ato. Trata-se, portanto, de nulidade *relativa*.

Já em relação a fases procedimentais mais relevantes, como é o caso das *alegações finais*, a serem apresentadas ao final da instrução, seja oralmente, em audiência (art. 403 e art. 533, CPP), seja por escrito, em forma de memorial (art. 403, § 3º, e art. 533, CPP), acreditamos que a ausência de fundamentação, seja do defensor *dativo*, seja do defensor público, seja, ainda, do defensor *constituído* pela parte, será causa de nulidade absoluta do processo, por violação ao princípio da ampla defesa, equivalendo a ausência de manifestação fundamentada à ausência da própria defesa técnica.

Em edições anteriores – naquelas anteriores à Lei nº 10.792/03 –, já sustentávamos a necessidade de nomeação de defensor ao réu até mesmo para a realização do interrogatório, o que é obrigatório, por força do novo art. 185 do CPP. E sustentávamos também que a não observância de semelhante providência (nomeação do defensor) era causa de nulidade *relativa*, tudo a depender da prova do prejuízo para a defesa.

Entretanto, com as atuais regras, e sobretudo em decorrência da possibilidade de participação e intervenção do defensor no interrogatório (o que não era permitido), a ausência de nomeação de defensor para o citado ato constitui nulidade absoluta, pelas

mesmas razões já declinadas: violação ao princípio da ampla defesa, já que o interrogatório é irremediavelmente um meio de *defesa*, não mais se constituindo em ato privativo do juiz.

Tal defesa será patrocinada pelo defensor *constituído*, ou seja, aquele livremente escolhido pelo acusado; pelo defensor *dativo*, nomeado pelo Estado, para quem não puder ou não quiser constituir advogado; e pelo defensor *ad hoc*, designado especificamente para a prática de determinado ato processual, na ausência dos primeiros (constituído ou dativo). Se o acusado possuir condições financeiras, o juiz arbitrará os honorários do defensor dativo (art. 263, parágrafo único, CPP); quando pobre, a defesa será custeada pelo Estado.

Nos Estados onde já houver sido instituída e estiver em funcionamento a Defensoria Pública, a defesa dativa é normalmente realizada por integrante da carreira, que tem, como prerrogativa funcional, a contagem em dobro de seus prazos procedimentais. Voltaremos ao tema, mais detalhadamente, quando do estudo dos atos processuais e das intimações.

Aliás, a Defensoria Pública, da União e dos Estados constituem órgãos indispensáveis à Administração da Justiça, e, mais que isso, fundamentais na gestão do processo judicial – o criminal, em particular – diante das conhecidas desigualdades sociais que assolam a sociedade brasileira (e, com isso, produzem *várias sociedades*). E cumprem mesmo essa função, com denodo e com combatividade, colocando-se entre os principais órgãos de atuação judiciária no país.

Para essas finalidades, a Lei Complementar nº 80/94, com redação dada pela LC nº 132/2009, criou diversas prerrogativas processuais às defensorias públicas, merecendo registro, (a) o acompanhamento de inquéritos policiais; (b) legitimação para ações penais privadas e subsidiárias das públicas; e (c) atuação junto aos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes (art. 4º), bem como inúmeras prerrogativas institucionais também deferidas à magistratura e ao Ministério Público (arts. 43, 88 e 127). Referida legislação, corretamente, coloca os membros da Defensoria praticamente no mesmo plano que aqueles do Ministério Público e do Poder Judiciário. E como órgãos de carreira prescindem de instrumento

de mandato para o exercício de suas funções.

Mas há um senão: o art. 4º-A, IV, no afã da simetria de tratamento, institui como garantia dos assistidos pela Defensoria o direito ao *defensor natural*. Nada mais equivocado, *data venia*. Toda a atuação da Defensoria no processo penal *deve ser parcial*, em favor dos interesses do acusado ou investigado, não se lhes cabendo – ao menos no processo! – qualquer independência funcional, daí por que falar-se em garantia do defensor natural não parece adequado às suas relevantes funções. Se a norma tiver alguma eficácia haverá de ser no plano da distribuição administrativa dos serviços nas respectivas Defensorias, jamais no processo. Como esperado, o STF rejeitou a tese do "defensor natural", no HC nº 123.494/ES, Rel. Min. Teori Zavascki 16.2.16.

Tratando-se de defensor *dativo*, na hipótese de entender insuficiente, deficiente ou inexistente a defesa, o juiz deverá nomear outro, podendo, porém, o acusado, a todo tempo, nomear advogado de sua confiança (arts. 262 e 456, CPP).

Quando, ao revés, tratar-se de defensor *constituído*, o juiz não poderá adotar a mesma providência, uma vez que este (advogado constituído), ao contrário daquele (advogado dativo), não foi por ele nomeado.

Assim, quando ineficiente ou inexistente a defesa do defensor constituído, o juiz poderá, quando muito, designar defensor *ad hoc* para a prática de determinado e específico ato processual, em substituição àquele anteriormente (mal ou não) realizado. É o que ocorre, por exemplo, no art. 396-A, § 2º, CPP, nos procedimentos do Tribunal do Júri, em que o juiz poderá nomear defensor ao réu *para a sessão de julgamento* quando o considerar indefeso, devendo, neste caso, marcar nova data para a realização do aludido ato processual (art. 497, V, CPP).

Diz o Código, ainda, que a nomeação de defensor constituído independerá de instrumento de mandato (procuração) se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório (art. 266). Note-se, porém, que referido dispositivo fatalmente não terá mais aplicação, em face do disposto no art. 396-A, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, que determina que o juiz deverá designar defensor ao réu que, citado, não apresentar defesa escrita no prazo de dez dias. Assim, quando do

interrogatório, que é realizado ao final da audiência de instrução, o réu já contará com defesa técnica. Evidentemente, nada impede que ele, o acusado, na assentada da audiência, indique advogado de sua preferência, o que, aliás, pode ser feito a qualquer tempo.

Em relação à defesa técnica, cumpre ponderar o entendimento jurisprudencial manifestado na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, nesses termos: "*no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

É preciso estar atento à seguinte questão: por vezes, será mesmo difícil afirmar a ausência de prejuízo, sobretudo quando o réu tiver sido defendido por defensor *constituído*. Ocorre, porém, que mesmo nesses casos *poderá* (em tese) haver prejuízo, na exata medida em que a atividade desenvolvida pelo causídico não se revelar eficiente, particularmente no que respeita à produção de provas. Com efeito, não é por que o advogado foi escolhido pelo réu que ele deve suportar o peso da má escolha.

Ora, que a ausência de defesa é causa de nulidade absoluta não podem mesmo restar quaisquer dúvidas, em face do princípio constitucional da ampla defesa.

No entanto, a questão da *deficiência* da defesa é das mais complexas, pois, em princípio, quem poderá aferir de sua insuficiência, *nos termos da Súmula*, é a mesma pessoa de quem se espera a alegação da nulidade, isto é, o defensor, na medida em que a matéria somente seria submetida ao órgão jurisdicional por meio de recurso *voluntário*. Ocorre que seria justamente o defensor o responsável técnico pela insuficiência da defesa, parecendo-nos bastante improvável que ele se disponha a demonstrar a sua atuação deficiente.

Pensamos, por isso, que a citada Súmula 523 deve ser entendida como o reconhecimento da possibilidade de o próprio Judiciário reconhecer a deficiência da atuação do defensor, determinando, *ex officio*, a sua substituição ou retificação, nos moldes anteriormente aventados. Estaria assim melhor atendido o princípio da ampla defesa.

Nessa mesma linha de argumentação, reputamos particularmente infeliz o

posicionamento da E. Suprema Corte no sentido de tratar-se de nulidade relativa a ausência de alegações finais por parte da defesa constituída (STF – HC nº 80.251 Rel. Min. Nelson Jobim, em 29.8.2000; STF –*RT* nº 733/488). Como mencionaremos no item 14.2.1, e especificamente em relação ao princípio da ampla defesa, as alegações finais são indispensáveis aos interesses da defesa, porquanto permitem naquela oportunidade, e somente ali, a análise e o confronto da matéria de fato (e, a partir dela, do direito) com a extensão e a profundidade necessárias.

Por isso, deve ser bem recebida a decisão da Suprema Corte (HC nº 82.672/ RJ Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, 14.10.2003), na qual se vislumbrou nulidade absoluta no processo em que o advogado *constituído* pela parte *confessara* a imputação. Na oportunidade, decidiu-se pela ausência de defesa técnica – confissão antes do interrogatório. Ainda que o julgado tenha se arrimado *também* na existência de outro vício, o fato é que se reconheceu a insuficiência da atuação exatamente do defensor *constituído*, o que não deixa de ser uma contradição quanto à ausência de alegações finais em hipótese semelhante.

Ora, se a confissão pode ser entendida como estratégia da defesa (para postulação posterior de nulidade), também pode sê-lo a ausência de oferecimento de alegações finais, pelo mesmo defensor *constituído*. Cabe ao juiz, em uma e outra situação, nomear ao réu defensor *ad hoc*, isto é, para a prática do ato que se reputa *ausente* (defesa efetiva [e não confissão] e alegações finais).

Mas note-se bem: a exigência de defesa efetiva, com a qual não se compadece o simples pedido de condenação à pena mínima, é garantia constitucional. Todavia, em alguns casos, excepcionais, por certo, a orientação técnica no sentido da confissão, acompanhada da impugnação de determinadas qualificadoras ou causas de aumento, quando presentes provas robustas da autoria do fato, poderá se revelar a mais *adequada* em algumas situações, até para que a defesa não se veja fragilizada, do ponto de vista de sua consistência lógica. Insistir, por exemplo, na tese da negativa de autoria, para em seguida argumentar, como eventualidade na impugnação, acerca da existência de legítima defesa, nem sempre será possível.

Conforme tivemos oportunidade de objetar em outro trabalho,

"o interesse público que fundamenta e legitima a própria função jurisdicional não pode, jamais, navegar ao sabor de conveniências e vicissitudes típicas das relações profissionais que envolvem o patrocínio privado da advocacia. Se há interesse público na instituição de um processo também caracterizado pela ampla defesa, não será certamente a maior ou menor disponibilidade financeira do réu que irá dimensionar o grau ou extensão daquele interesse, até porque a própria ideia de interesse público constrói-se sobre a base da impessoalidade" (OLIVEIRA, Eugên Pacelli de. *Regimes constitucionais da liberdade provisória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 19).

Por isso, fizemos questão de incluir entre as modalidades e/ou manifestações da defesa a defesa *efetiva*, que não se limita apenas à possibilidade de participação no processo, já assegurada pelo contraditório. Por defesa efetiva deve-se entender e exigir a efetiva atuação do defensor em prol dos interesses do acusado, o que poderá ser aferido sempre diante de cada caso concreto, sopesando-se as provas carreadas aos autos pela acusação e a possibilidade real de sua confrontação pela defesa.

Aliás, exatamente pela exigência de defesa *efetiva*, o Superior Tribunal de Justiça chegou a anular o julgamento realizado por Tribunal do Júri, no qual o defensor, em plenário, limitou-se a requerer a sua absolvição, "*sem, contudo, utilizar-se de argumentação mínima e necessária para sustentar seu ponto de vista, restringindo-se a mero comentário de 5 (cinco) minutos [...]*" (STJ – HC nº 21.938/RJ, 5ª Turma Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* 17.3.2003, p. 246).

Já a *autodefesa* realiza-se por meio de toda a atividade desenvolvida pelo próprio acusado, em prol de seus interesses, e, mais especificamente, consoante anota a doutrina, por ocasião do interrogatório.

E o interrogatório é, de fato, a oportunidade que se estende ao acusado para que ele, diante do juiz, apresente a sua versão pessoal dos fatos. Evidentemente, não há qualquer limitação à atuação do defensor técnico, que, inclusive, poderá seguir caminho diverso daquele trilhado na autodefesa, ampliando a matéria de defesa.

Como visto, o interrogatório do acusado é meio de *defesa*, o que não implica negar que o seu conteúdo possa efetivamente constituir-se em meio de prova, como ocorre, aliás, com qualquer outro meio de defesa. A questão não é mais *teórica*: a Lei nº 10.792/03 cumpriu a missão já anunciada pela doutrina; ou seja, a nomeação de defensor também para o interrogatório passa a ser imposição legal.

Semelhante entendimento, de resto, repita-se, tem fundamento também no disposto no art. 8º do Decreto nº 678/92, que promulga o conhecido Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em cujos números 1 e 2, *b* e *c*, assegura-se ao acusado o direito a ser ouvido pelo juiz ou tribunal, dentro de um prazo razoável, à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada e à concessão de tempo e meios adequados para a preparação de sua defesa.

Por fim, a Lei nº 11.719/08, dentre tantas alterações promovidas no CPP, andou bem em regulamentar as hipóteses de adiamento de audiência, quando em razão do não comparecimento do defensor. Pela atual regra, deverá o defensor justificar (por qualquer meio) a sua ausência até antes do início da audiência de instrução (art. 265, § 2º), adiando-se o ato por essa razão (art. 265, § 1º). Assim, se justificado o não comparecimento, a audiência será adiada; se não comprovado o impedimento, nomeia-se defensor ao réu, prosseguindo-se na instrução.

Quando, todavia, a ausência do defensor decorrer de obstáculo insuperável (o que não será o caso, por exemplo, da existência de compromissos pessoais ou profissionais assumidos anteriormente), e de última hora, isto é, sem comprovação antes da audiência, é de todo conveniente que o juiz, antes de determinar o prosseguimento da causa, verifique a sua complexidade, bem como das provas a serem produzidas naquele momento, sob pena de, designando, de imediato, profissional sem qualquer conhecimento prévio da matéria *de fato* e *de direito*, enfraquecer de modo irreparável a defesa, a ponto de torná-la deficiente ou mesmo inexistente. Nesse caso, o risco será de anulação do processo, por violação do princípio da ampla defesa, a reclamar a aplicação do entendimento constante da Súmula 523 da Suprema Corte.

10.6 Da assistência

A maior parte das infrações penais, ou pelo menos a maior parte das infrações efetivamente praticadas, pelo simples fato de constituir um fato *ilícito*, revela aptidão para produzir efeitos em outras áreas do ordenamento jurídico. Na lição da melhor

doutrina (TAVARES, 2000, p. 123), a conduta penalmente ilícita, enquanto ação já desvalorada pelo Direito Penal, não pode estar autorizada ou permitida por qualquer outra norma de Direito, diante do caráter fragmentário e subsidiário daquele ordenamento (penal).

Consequência disso é que determinadas infrações penais poderão gerar, além da resposta e sanção penal, outras formas de reação do Direito, por exemplo, e particularmente no que nos interessa, de natureza patrimonial, a partir da violação a determinados bens jurídicos de particulares, perfeitamente individualizados.

Surge, então, para as vítimas de tais delitos, o direito à recomposição do patrimônio (material ou moral) atingido, conforme já estudamos na abordagem relativa à ação civil *ex delicto*.

E esse *direito* à recomposição civil do dano causado pela infração penal revela também o interesse *jurídico* da vítima do crime na condenação do acusado na ação penal, já que a sentença penal condenatória constitui título judicial executivo, nos termos do disposto no art. 515, VI, do CPC/2015. Daí o reconhecimento da possibilidade de intervenção da vítima na obtenção do citado título, bem como na obtenção da condenação, se já em curso a ação civil para a recomposição do dano pela via do processo de conhecimento.

Logo veremos, todavia, que o interesse do assistente não é de fundo exclusivamente patrimonial.

10.6.1 Legitimação

A modalidade de procedimento que viabiliza esta intervenção é chamada de *assistência*, cujo legitimado a agir é precisamente o ofendido, ou seu representante legal, se menor de 18 anos, ou, no caso de sua ausência ou morte, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31 do CPP. Prevê, ainda, o art. 530-H, CPP, que as associações de titulares de direitos de autor e os que lhe são conexos poderão funcionar como assistentes de acusação nos crimes previstos no art. 184, do CP, quando praticados em detrimento de qualquer de seus associados.

A *legitimação*, contudo, não dispensa a exigência de capacidade *postulatória*, com o que o assistente deverá se fazer representar por advogado, se não for ele mesmo habilitado.

Há ainda certa divergência, quer na doutrina, quer na jurisprudência, quanto a ser possível a legitimação de pessoa de direito público como assistente da acusação. Argumenta-se, em regra, que o interesse público já estaria representado pelo Estado, na pessoa do Ministério Público, sendo descabida a presença de outro organismo estatal na ação penal.

Assim não nos parece, todavia.

O Ministério Público, quando atua no processo penal, seja como titular da ação pública, seja como *custos legis* na ação privada, exerce atividade no interesse de toda a comunidade atingida (potencialmente) pela infração penal, além do interesse individualizado da vítima. A imposição da sanção penal, decidida previamente em outra e diferente instância do poder político estatal (com a incriminação da conduta), decorre de pressupostos ligados à função da pena e do próprio Direito Penal, representando o Ministério Público os interesses de toda a coletividade organizada. Assim, por óbvio, não se poderia reconhecer em outro órgão ou entidade estatal a mesma atribuição institucional.

Ocorre, porém, como vimos, que a condenação penal poderá gerar consequências em outros ramos do Direito que não o penal, cuja satisfação poderá ter por juridicamente interessada qualquer pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado.

Não se pode negar, por exemplo, o interesse jurídico de determinado Município, por exemplo, na condenação de servidor público acusado da prática de crime de peculato ou de desvio de verbas públicas. Interesse que não se resume apenas à restituição dos bens desviados ou apropriados, mas, também e se necessário (pela amplitude do campo probatório no processo penal), à aplicação da pena administrativa de demissão. Interesse, por fim, totalmente distinto, quanto às suas *finalidades*, daquele de que se ocupa o Ministério Público na ação penal.

Nada impede, portanto, a participação *assistencial* de pessoa jurídica de direito público na ação penal pública, quando se revelarem distintos os interesses perseguidos por um (Ministério Público) e outro (o assistente).

Por fim, e por óbvio, não se haverá de admitir a assistência de corréu *no mesmo processo*, nos termos do art. 270 do CPP. Ora, a ressalva parece-nos inteiramente dispensável, uma vez que o corréu vem a ser *parte* no processo, e não *terceiro interessado*.

10.6.2 O assistente como custos legis

Impende observar que, embora relevante o interesse jurídico do ofendido na condenação do acusado, *para fins de satisfação do dano civil* causado pela infração penal, não é este o único interesse a justificar a sua intervenção na ação penal.

Com efeito, nosso ordenamento jurídico, no âmbito da legislação ordinária (art. 29, CPP) e da própria Constituição Federal (art. 5º, LIX), assegura à vítima do crim o direito à *iniciativa processual penal*, na hipótese de inércia do Ministério Público. É a conhecida ação privada *subsidiária* da pública.

Ora, ao assim dispor, parece-nos evidente a preocupação legislativa com a *participação* do ofendido na reprovação estatal à prática do fato delituoso, evidenciando, então, outra ordem de interesse jurídico atribuído àquele que por ele foi vitimado. Interesse jurídico, sim, na própria aplicação da sanção penal.

Parece-nos inteiramente divorciado da nossa ordenação o entendimento segundo o qual o único interesse da vítima na ação penal pública é a obtenção de título executivo para satisfação de Direito Civil reparatório. Se assim fosse, por que reconhecer a ele o direito à ação penal, quando a via do juízo cível estaria também à sua disposição no momento da provocação da jurisdição penal, com a instauração da ação privada subsidiária da pública? À alegação de que a instância criminal ofereceria mais probabilidades probatórias (menores restrições aos meios de prova) pode-se retrucar, com vantagem, que mesmo a absolvição no juízo criminal, quando motivada na *ausência de provas* (art. 386, II, V e VII, CPP), *não impede o*

ajuizamento da ação civil *ex delicto*, como já estudado.

Assim, segundo nos parece, a questão da amplitude do campo probatório não é decisiva para a definição da natureza do interesse jurídico do assistente.

Embora nossa atual legislação acentue de modo mais significativo o interesse civil na intervenção do *assistente*, a tanto legitimando apenas o ofendido e seus sucessores processuais (art. 268, CPP), pode-se observar que, mesmo em relação à questão penal, os atos do Poder Público devem se submeter a controle pelos administrados. É de se ver, aliás, que a norma do art. 5º, LIX, da CF, não se refere expressamente ao *ofendido*, mas ao *particular*.

A nosso aviso, a justificação para a escolha do ofendido e sucessores como aqueles habilitados à atuação junto à acusação somente encontrará resposta segura no princípio da igualdade processual. É que, com a participação de um terceiro na ação penal pública, auxiliando o órgão acusatório, não há como negar o desequilíbrio da relação processual, tendo em vista que, de um lado, estariam atuando *duas partes* (Estado e ofendido) com afetação à regra da *par conditio*, ou paridade de armas. Obviamente, aqui, em tema de processo penal, não se pode argumentar que a eventual *pluralidade* de autores ou de réus, em desigualdade *numérica*, não é suficiente para a caracterização da desigualdade de forças entre *partes*. Se no processo civil isso é possível, em processo penal a desigualdade então estabelecida não seria meramente *numérica*, mas também *qualitativa*, sobretudo porque, sendo pública a ação, pelo (e do) interesse público deve cuidar o Estado, via Ministério Público.

Por isso, a escolha do ofendido é perfeitamente aceitável, por uma razão até muito simples: é que o ofendido já é titular de interesse jurídico relevante, *não penal, em face* do réu, independentemente da existência ou não da persecução penal. Ou seja, podendo ele sustentar demanda civil contra o réu *pelos mesmos fatos*, não há por que negar a sua participação também na ação penal, até mesmo por que a decisão nessa instância (penal) poderá afetar seu interesse na outra (civil). Basta ver a questão relativa à subordinação temática de que tratamos por ocasião do tema *a ação civil ex delicto* (Capítulo 6).

Sobre tais questões, tivemos oportunidade de nos determos em maior extensão e

profundidade em outro trabalho (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de*Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012).

Registre-se, que o interesse jurídico, na posição de *custos legis*, é apenas do *particular*; a pessoa de direito público somente legitima a sua intervenção na defesa de interesse de outra natureza, como tivemos oportunidade de ressaltar.

10.6.3 Faculdades processuais

Como terceiro (no plano da relação processual penal estabelecida entre o Ministério Público e o acusado, enquanto partes, e o juiz, como prestador da jurisdição) juridicamente interessado, reconhece-se ao assistente determinadas faculdades processuais, a serem exercitadas em prol de seus interesses na condenação do réu.

Em primeiro lugar, cumpre fazer um reparo em relação ao que dispõe o art. 268 do CPP, no ponto em que afirma poder o assistente do Ministério Público intervir em *todos os termos da ação penal*. A realidade não é bem essa. O assistente não é o titular da acusação nem tem os mesmos poderes e faculdades que a este se reconhece. Sua atividade é eminentemente supletiva daquela atribuída ao Ministério Público.

O seu ingresso nos autos somente é possível *após* a instauração da demanda, com o recebimento da denúncia. Na hipótese de sua rejeição (da denúncia), não se reconhece a legitimação recursal do assistente, conforme se observa do disposto no art. 271 do CPP.

Ele somente poderá aviar recurso próprio nas hipóteses em que for possível (inércia do Ministério Público), nos casos de apelação, não mais se aplicando a previsão do recurso em sentido estrito para os casos de impronúncia, por força da atual redação do art. 416, CPP, dada pela Lei nº 11.689/08. Com isso, o assistente permanece com semelhante faculdade processual, redirecionada para o recurso de apelação e não mais no recurso em sentido estrito (caso específico da impronúncia). De outro lado, mas no mesmo sentido, também a decisão de extinção da punibilidade

não mais desafiará recurso em sentido estrito, por obra do quanto previsto no art. 397, IV, CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08. A sentença será de *absolvição sumária*, e o recurso, o de *apelação*. Não se aplicará, portanto, o previsto no art. 584, § 1º, do CPP (manejável, no particular, para a impronúncia e as hipóteses de extinção da punibilidade), e sim o art. 598, que cuida da possibilidade de recurso do assistente ainda que não habilitado.

Não pode o assistente, por isso, *aditar* a denúncia nem arrolar testemunhas, uma vez que é nesse momento (do oferecimento da denúncia) que se aponta a prova testemunhal da acusação.

A atual legislação do Júri, Lei nº 11.689/08, acabou com a figura do antigo *libelo*, ao qual era possível ao assistente o aditamento. E, mais, mesmo na preparação do processo para o julgamento em Plenário (art. 422, CPP), não contemplou o assistente com a possibilidade de apresentação de rol de testemunhas a serem ouvidas. No entanto, ainda que não expresso, pensamos ser possível a inclusão, pelo assistente, de testemunhas não arroladas pelo *parquet*, desde que não seja ultrapassado o número máximo (de cinco) reservado à acusação. Do mesmo modo, ainda que não contido expressamente na norma do art. 422, não vemos porque se recusar ao assistente a indicação de diligências probatórias, ouvindo-se, sempre, o Ministério Público.

No curso da ação penal, então, o assistente poderá propor meios de prova, inquirir as testemunhas, apresentar arrazoados, bem como participar dos debates orais, atuando ativamente, portanto, em todo o desenrolar do procedimento penal.

Proferida a decisão, terá legitimidade recursal para, na hipótese de inércia do Ministério Público, impugnar a sentença absolutória e extintiva da punibilidade (art. 386, art. 397 c/c art. 598, todos do CPP), bem como as decisões de impronúncia (arts. 414 e 416, CPP) tudo nos termos do que dispõe o art. 271 do CPP.

São dois, portanto, os requisitos para a intervenção recursal do assistente:

a) a inércia do Ministério Público;
b) a natureza da decisão a ser impugnada.

Se houver recurso do *parquet*, ao assistente caberá apenas oferecer também as suas razões. Se não houver impugnação recursal do Ministério Público, o assistente poderá fazê-lo *em relação às decisões anteriormente mencionadas*. Aí o seu campo de atuação será o mais amplo possível, podendo opor embargos de declaração (arts. 382 e 619, CPP), apelação (art. 598) e até recurso especial e extraordinário, conforme reconhece a Suprema Corte (Súmula 210), desde que, repita-se, cuide-se das matérias mencionadas no art. 271 do CPP (impronúncia, extinção da punibilidade e as demais matérias sujeitas à apelação, art. 416, art. 397 e art. 598, CPP) e não tenha havido recurso do Ministério Público.

Por óbvio, havendo recurso *parcial* do Ministério Público, isto é, apenas sobre determinado capítulo da sentença, o assistente poderá recorrer da parte *irrecorrida*, desde que *absolutória* a decisão, sumária (art. 397, CPP) ou não (art. 386, CPP).

Segundo se afirma na Súmula 208 do STF, não se reconhecem poderes ao assistente para recorrer de sentença concessiva de *habeas corpus*, o que, aliás, nos parece inteiramente coerente com nosso sistema processual. Isso porque, em primeiro lugar, o *habeas corpus* é ação de impugnação reservada aos interesses exclusivos da defesa, não havendo de se falar em assistência, sobretudo porque a autoridade dita *coatora* (passiva da ordem de *habeas corpus*), como regra, nem é o Ministério Público.

De mais a mais, não se poderia falar em aplicação de regra da analogia, pois isso resultaria em prejuízo do acusado, revelando-se, assim, *in malam partem*, o que não é admitido em nosso ordenamento penal e processual penal.

O prazo para recurso do assistente é o mesmo daquele reservado ao Ministério Público, quando ele já estiver habilitado no processo; à evidência, como a faculdade recursal do assistente é supletiva, o seu prazo somente tem início após o encerramento do prazo do titular da ação, o Ministério Público.

Quando o assistente ainda não estiver habilitado, o recurso deverá ser interposto no prazo de 15 dias (art. 598, CPP).

10.6.4 Recurso de sentença penal condenatória

Outra fonte interminável de dissenso doutrinário diz respeito à legitimidade do assistente para recorrer de sentença condenatória, para fins exclusivos de obtenção de aumento de pena.

Já chegamos a sustentar que a assistência da acusação se legitimaria não só pelo seu interesse patrimonial resultante da infração penal, mas que seria possível que ele exercesse, também, uma função *custos legis*, como ocorre em alguns países. Referida função é mesmo relevante, porquanto, autorizando a sua participação no processo penal, com a produção de provas e o oferecimento de arrazoados, permite ao particular o exercício de um certo controle de qualidade e efetividade da atuação estatal na defesa dos interesses dos membros da comunidade.

No entanto, e tendo em vista a estrita necessidade de observância de uma igualdade mínima entre as partes, evoluímos para rejeitar tal função (de *custos legis*) ao assistente. Mas, não pelas razões que de modo geral se levantam (a da existência de um único interesse – patrimonial – do ofendido), e, sim, pelo fato de que a presença de dois órgãos de acusação em face do(s) acusado(s) implicaria violação ao devido processo legal, na dimensão da igualdade de participação, pelo viés do contraditório e da ampla defesa.

Por isso, e presentes tais considerações, o que parece justificar a validade da atuação do assistente na ação penal pública é o fato de poder ele sustentar idêntica demanda contra o *mesmo réu*, em razão *dos mesmos fatos*, e em outro juízo, que não o criminal. Ou seja, é exatamente o direito de ação civil que tem (se tiver!) o ofendido contra o acusado no juízo cível que não afetaria a igualdade de partes no processo penal, dado que, em tais situações, ele poderia exercer todas as faculdades processuais em face do acusado, ainda que em outra instância e limitado ao interesse patrimonial.

Assim, fica fácil entender os motivos pelos quais ele, assistente, não poderá recorrer – quando cabível o seu recurso! – com o objetivo apenas de aumentar a pena. Reconhecida a autoria e a materialidade no juízo criminal, satisfeito estará a defesa

de seu interesse patrimonial. A tese que sustentamos, porém, é minoritária. Há precedentes em sentido contrário (isto é, permitindo o recurso do assistente para o fim exclusivo de agravamento da pena), tanto do STF quanto do STJ, como apontado no HC nº 137.339/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 9.11.10.

Observe-se, então, que, na hipótese de decisão *absolutória*, ainda que esteja com ela de acordo (o MP), abre-se ao assistente a possibilidade de interposição de recurso, nos termos do art. 271 do CPP, tendo em vista que a decisão final na instância penal poderá vincular a instância civil, e, desse modo, impedir, eventualmente, a busca de uma recomposição civil dos danos causados ao patrimônio, moral e econômico, da vítima.

Evidentemente, não reconhecemos também a possibilidade de recurso para agravação da pena também quando o assistente for pessoa jurídica de *direito público*. Em tais situações, o interesse público da assistência não pode ser o de atuação como *custos legis*, função atribuída a outro órgão do Estado (o Ministério Público).

10.6.5 Procedimento

A intervenção do assistente pode ocorrer a partir do recebimento da denúncia, e "*enquanto não passar em julgado a sentença*" (art. 269), recebendo a causa no estado em que ela se encontrar. Não cabe, assim, assistência em sede de execução penal. Deverá também ser conduzida por advogado regularmente habilitado.

Sobre o requerimento de habilitação do assistente será ouvido o Ministério Público, não cabendo qualquer recurso nominado da decisão que o indeferir (art. 273). Tratando-se (a intervenção) de direito líquido e certo do ofendido (ou de quem o represente), é de se admitir a impetração de mandado de segurança, salvo em casos excepcionais cuja inabilitação possa se justificar.

De se concluir então que, embora a intervenção do assistente deva ser entendida como direito subjetivo do ofendido e demais legitimados, há casos (e tal seria a hipótese de pluralidade de ofendidos), sobretudo dependendo da fase procedimental em que se encontrar o processo, nos quais, do deferimento do pedido de assistência,

poderá resultar prejuízo na tramitação do processo. Deverá o juiz, então, zelando pela regularidade da tutela jurisdicional, indeferir as habilitações pretendidas.

10.7 Peritos, intérpretes e funcionários da justiça

Além das partes propriamente ditas, autor e réu, do assistente e do juiz, outras pessoas, em maior ou menor escala, são também chamadas a intervir no processo, regulando o nosso Código de Processo Penal as participações dos funcionários da Justiça (Capítulo V, art. 274) e dos peritos e intérpretes (Capítulo VI).

Quanto aos primeiros, serventuários da Justiça, assevera o art. 274 que são também a eles aplicáveis, no que couber, as prescrições sobre suspeição dos juízes.

Referido dispositivo, como nos parece claro, tem em vista a possível interferência do serventuário ou funcionário da Justiça no bom andamento do processo, em razão de fatos e/ou circunstâncias pessoais envolvendo estes e quaisquer das partes. Busca-se, em última análise, a *impessoalidade* do serviço público.

Evidentemente, as cautelas exigidas na aferição da apontada impessoalidade devem se nortear pela *intensidade* da participação de cada serventuário e/ou funcionário no processo.

A nosso aviso, entre todos os integrantes do *juízo*, apenas a atividade desenvolvida pelo escrivão poderia merecer a preocupação do legislador, no que respeita, especificamente, à possibilidade de alguma interferência na imparcialidade do julgamento. Isso poderá ocorrer diante de sua proximidade com o magistrado e de sua posição de chefia dos serviços de apoio. Entretanto, como, ao fim e ao cabo, o juiz tem o poder correcional e de fiscalização da atividade desenvolvida pelo corpo administrativo, a *impessoalidade* do serviço estará preservada na mesma medida em que se revelar impessoal e imparcial a atuação da própria jurisdição. Por isso, somente o exame de cada caso concreto é que poderá revelar a necessidade de afastamento de servidor ou funcionário da Justiça.

Os demais integrantes do *juízo*, aqui entendido como o órgão administrativo da jurisdição, composto pelo juiz (atividade-*fim*), pelo escrivão, pelo oficial de justiça e

demais auxiliares administrativos (atividade de apoio, de *meio*, pois), não oferecem tais riscos, pelo menos do ponto de vista *funcional*.

Ao lado dos serventuários da Justiça, a lei faz referência ainda à atuação dos peritos e intérpretes.

Como já estudado no capítulo referente às provas, os peritos são, em regra, oficiais, isto é, integrantes da Administração Pública, com funções e atribuições de natureza igualmente públicas. Mas ainda que não se trate de peritos oficiais e, sim, de particulares, portadores da idoneidade e da habilitação técnica exigida pelo § 1º do art. 159 do CPP, na ausência dos primeiros, estarão todos eles submetidos à disciplina judiciária (art. 275), em razão de estarem exercendo função pública, debaixo, pois, do princípio da legalidade que norteia a Administração Pública.

Por disciplina judiciária deve-se entender a submissão aos poderes de direção do processo que a lei comete ao juiz, devendo os peritos (e intérpretes) acudir às intimações e aos chamados da autoridade judiciária, bem como observar os prazos fixados para a elaboração de seu trabalho (art. 277).

A atividade desenvolvida pelos peritos (e pelos intérpretes) é eminentemente *técnica* e destina-se à formação do convencimento judicial na apreciação da prova, o que, por si só, é suficiente para dimensionar a sua importância e a necessidade de acautelamento quanto à qualidade e à idoneidade do serviço prestado.

Assim, outra não poderia ser a prescrição contida no art. 280 do CPP, no sentido de ser extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre as suspeições dos juízes. Acrescentaríamos nós que não só as disposições pertinentes à suspeição dos juízes, mas também aquelas referentes aos impedimentos e incompatibilidades do magistrado, poderão ser aplicadas aos peritos (e intérpretes), diante da necessidade de se preservar a sua absoluta *imparcialidade* diante do caso penal. Não é por outra razão que os peritos (e os intérpretes) podem responder pelo crime de falsa perícia, conforme disposto no art. 342 do CP.

Quanto aos impedimentos específicos, o art. 279 do CPP arrola a hipótese de ter o perito prestado depoimento no processo ou emitido parecer técnico anteriormente sobre o objeto da perícia (inciso II), bem como a ausência de habilitação técnica (art.

47, I e II, CP) – ainda que temporária – ou incapacidade profissional do perito, en razão de menoridade ou analfabetismo.

Pela semelhança das atividades a serem desenvolvidas no processo, os intérpretes são equiparados aos peritos, como já tivemos oportunidade de assinalar (art. 281), recebendo, por isso mesmo, idêntico tratamento.

10.8 Ofendido?

Como vimos, a Lei nº 11.690/08 trouxe inovações extensivas à figura do ofendido. Já dela cuidamos ao exame das provas e seus meios, sobretudo no que toca à prova pericial e ao depoimento do ofendido (itens 9.2.4 e 9.2.5).

A razão de voltarmos aqui ao ofendido é simples: pode-se considerá-lo *parte* ou *sujeito do processo*, quando ele não quiser integrar o processo como assistente?

A pergunta somente tem pertinência em face do art. 159, § 3º, CPP, que permite a ele (ofendido) a formulação de quesitos e de indicação de assistente técnico, bem como a comunicação de determinados atos processuais e o encaminhamento para atendimento multidisciplinar (art. 201, §§ 2º, 4º e 5º, CPP).

De se ver então que a atual legislação prevê que o ofendido, ainda quando não tenha se animado a ocupar a posição do assistente de acusação, pode participar na produção da prova, com formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

Ora, aqui, como ressalta evidente, o ofendido atuará como parte, embora sua contribuição na formação do convencimento judicial esteja limitada à prova pericial. Mas parece-nos irrecusável que essa é tipicamente uma posição de parte processual, instrumentalizada com poderes e faculdades processuais.

De outro lado, já no que se refere às atuais disposições do art. 201, CPP, no qual se prevê, inclusive, a possibilidade de decretação de segredo de justiça, com o fim de proteção da imagem, privacidade e intimidade do ofendido, a questão, a nosso aviso, não caracteriza a qualificação de parte processual, impondo-se mais como medidas protetivas, assecuratórias da intangibilidade pessoal da vítima.

No ponto, repetimos; o acompanhamento compulsório do processo, excluídas as comunicações relativas à prisão (art. 201, § 2º, CPP), é inadmissível. Melhor será ouvir o ofendido acerca de seu eventual interesse em relação aos demais atos do processo do que submetê-lo, contra a sua vontade, ao andamento de toda a ação penal.

CAPÍTULO 11

Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória

11.1 As regras das prisões e da liberdade provisória: as medidas cautelares pessoais

Depois de uma década de tramitação no Congresso Nacional, aprovou-se o Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, transformado na Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, publicada no dia 5 do mesmo mês de maio, embora com profundas modificações do anteprojeto originário. A vigência da citada Lei iniciou-se em 4 de julho de 2011 (60 dias após a sua publicação – Lei Complementar nº 95/98).

A referida legislação trouxe relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir – felizmente – inúmeras alternativas ao cárcere (art. 319, CPP).

Em razão dessas significativas alterações, a promover verdadeira revolução na matéria, optamos por *unificar* o seu exame, abordando todas as questões a ela pertinentes em um único capítulo.

E isso se explica facilmente. É que assumiu-se em definitivo a natureza *cautelar* de toda prisão antes do trânsito em julgado; junto a isso, *ampliou-se* o leque de

alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras *modalidades* de medidas cautelares.

E não temos o menor receio em afirmar que a expressão *liberdade provisória* somente foi mantida em razão de seu inadequado manejo no texto constitucional, conforme se vê no art. 5º, LXVI, a dizer que "*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*".

Eis, então, a primeira crítica às atuais regras: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, *com e sem* fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é *provisório* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A *liberdade* é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada *não será perpétua*, isto é, será sempre *provisória*.

Por isso, pensamos que se deveria varrer do mapa essa expressão, limitando a lei a explicitar as medidas cautelares e as modalidades de prisão. Todas elas *provisórias*. Obviamente.

Torna-se, pois, absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria, para o fim de seu realinhamento com o novo sistema de cautelares de índole pessoal incorporado ao Código.

Mas há algo que precisa ser esclarecido logo à saída, na conformidade com as atuais regras. E o faremos por meio da definição de *dez sínteses* conclusivas sobre a matéria.

1. embora a Lei nº 12.403/11 mantenha a distinção conceitual entre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, é bem de ver que todas elas *exercem o mesmo papel* e a mesma *função processual* de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal;
2. as medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas *independentemente* de prévia prisão em flagrante (art. 282, § 2º, CPP), ao contrário da legislação anterior, que somente previa a concessão de liberdade

provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na de processo;

3. as referidas medidas cautelares, diversas da prisão, poderão também *substituir* a prisão em flagrante (art. 310, II, e art. 321, CPP), quando não for cabíve e/ou adequada a prisão preventiva (art. 310, II, CPP);
4. a liberdade provisória significa apenas a diversidade de modalidades de *restituição da liberdade*, após a prisão em flagrante. O art. 321, CPP ("*ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 [...]*"), deve ser entendido nesse sentido (de restituição da liberdade do aprisionado) e não como fundamento para a decretação de medidas cautelares sem anterior prisão em flagrante. A base legal para estas últimas providências reside no art. 282, § 2º, CPP;
5. a prisão preventiva tanto poderá ser decretada independentemente da anterior imposição de alguma medida cautelar (art. 282, § 6º, arts. 311, 312 e 313, CPP), quanto em *substituição* àquelas (cautelares) previamente impostas e eventualmente descumpridas (art. 282, § 4º, art. 312, § 1º, CPP);
6. poderá, do mesmo modo, ser decretada como *conversão da prisão em flagrant* quando presentes os seus requisitos (art. 310, II, CPP), e forem insuficientes as demais cautelares; nesse caso, impõe-se a observância do *teto/limite* de pena contido no art. 313, I, CPP (pena superior a quatro anos), ressalvadas as hipóteses do mesmo art. 313 e do art. 20 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06);
7. a prisão preventiva poderá também ser substituída por medida cautelar menos gravosa, quando esta se revelar mais adequada e suficiente para a efetividade do processo (art. 282, § 5º, CPP);
8. quando decretada *autonomamente*, ou seja, como *medida independente* do flagrante, ou, ainda, como *conversão deste*, a prisão preventiva submete-se às exigências dos arts. 312 e 313, I, ambos do CPP; quando, porém, for decretada *subsidiariamente*, isto é, como *substitutiva* de outra cautelar *descumprida*,

não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP;

9. nenhuma medida cautelar (prisão ou outra qualquer) poderá ser imposta quando não for cominada à infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa da liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 1º, CPP); do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a *transação penal*, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a *suspensão condicional do processo*, conforme previsto na Lei nº 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo. Em se tratando de crimes *culposos*, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da *proporcionalidade;* contudo, quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares dos arts. 319 e 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação;
10. no caso de concurso de crimes, sobretudo quando presente a conexão ou continência entre eles, quando a somatória das penas dos delitos superar quatro anos, será cabível a decretação da prisão preventiva de modo *autônomo*.

De se atentar, então, para o fato de que as atuais regras das cautelares pessoais, que surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória, *não podem ser banalizadas*, somente justificando a sua imposição, *sobretudo quando não for o caso de anterior prisão em flagrante*, se forem atendidos os requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo.

E, por fim, todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas em nosso Código de Processo Penal, antes do trânsito em julgado e a partir da Lei nº 12.403/11, recebem a alcunha ou a designação de *medidas cautelares*. Outras cautelares já existiam, desde o início do Código de Processo Penal, sem

porém, carregar esse nome. São exemplos de medidas cautelares, de natureza *patrimonial*, aquelas relativas à *restituição de bens, ao arresto, ao sequestro e à instituição de hipoteca legal*, consoante as regras do disposto no art. 120 e seguintes do Código de Processo Penal, a tratar das medidas assecuratórias. São também providências cautelares, já agora de natureza *probatória*, aquelas relativas à quebra das inviolabilidades pessoais previstas em Lei ou na Constituição (interceptações, busca e apreensão etc. – art. 5º, X e XII, CF).

11.2 As determinações constitucionais da não culpabilidade

O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) referia-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.

Todavia, desde a Constituição da República, em 1988, e, mais particularmente, desde a Lei nº 11.719, de 2008, que promoveu profundas alterações na matéria, ninguém pode negar a atual realidade do Direito Processual Penal brasileiro: toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se *fundar em ordem escrita e fundamentada* da autoridade judiciária competente, nos exatos termos em que se acha disposto no art. 5º, LXI, ressalvados apenas os casos de *transgressão militar* ou de *crime militar* definido em lei, que não serão objeto de nossas considerações (aponte-se, somente, que a Lei 13.967/19 *extinguiu* a pena de prisão *disciplinar* para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal).

Veja-se, então, a *dupla e definitiva* determinação constitucional acerca das prisões:

"Art. 5º: [...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...] LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade

judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei";

O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da *presunção* de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).

A Constituição da República, portanto, promoveu:

a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal;
b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

Em consequência, toda e qualquer prisão deverá se pautar na *necessidade* ou na *indispensabilidade* da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade.

E essa *finalidade* haverá que ser encontrada também no âmbito constitucional, na medida em que somente por essa via se poderia afastar as duas determinações constitucionais a que acabamos de nos referir.

Nesse passo, surge a necessidade de *preservação da efetividade* do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente.

Com efeito, nenhuma atividade regular do exercício do Poder Público pode ser descurada ou ter subestimada a sua utilidade, sobretudo quando se tratar de funções típicas do Estado, que vem a ser precisamente a atuação do Poder Judiciário. Quaisquer condutas que tendam a impedir ou a embaraçar a sua atuação devem ser coartadas. Obviamente, não se está aqui a defender uma *funcionalização* desmedida do processo penal, de tal modo que a preocupação com a sua efetividade supere

quaisquer das garantias individuais. Em absoluto. A realização cotidiana da Justiça criminal somente será legítima se observadas todas as garantias individuais, pressuposto, aliás, do *devido processo legal*. O que estamos a afirmar é que, *quando houver risco, concreto e efetivo*, ao *regular andamento do processo*, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente *coercibilidade*.

No entanto, e exatamente em razão das premissas constitucionais que devem orientar e vincular a atuação estatal, toda prisão, bem como qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, há que partir de ordem judicial escrita e fundamentada, ancorada na indispensabilidade da providência. Se o flagrante se põe como exceção, dispensando ordem judicial, a sua manutenção, contudo, seguirá a regra geral (art. 310, II, CPP). Ver, no particular, o disposto no art. 283, no art. 387, no art. 413, e, em interpretação mais abrangente, o quanto previsto no art. 315, todos do CPP.

Nesse sentido, por exemplo, a atual redação do art. 283, CPP, trazida com a Lei nº 13.694/19 (e, desde antes, pela 12.403/11), parece afastar expressamente a *execução provisória* da condenação criminal (e assim reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07.11.19):

"Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, *em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado*."

É dizer: somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo. Esclareça-se, ao propósito, que a prisão *temporária*, ao contrário da *preventiva*, somente é cabível na fase de investigação, já que instituída para o fim de melhor tutelar o inquérito policial, nos termos da Lei nº 7.960/89. Já a veremos. Por isso, apenas as razões da prisão preventiva (art. 311, art. 312 e art. 313, CPP) poderão justificar a custódia

cautelar no curso do processo.

De se ver, no ponto, que a ausência de qualquer exceção na lei (exceto a relativa ao Tribunal do Júri, que entendemos *evidentemente inconstitucional*, como veremos adiante), quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária (até o segundo grau de jurisdição), pode se revelar bastante problemática, na medida em que – sabe-se, a mais não poder – toda decisão dos tribunais superiores, seja para *apreciar*, seja para *rejeitar* o cabimento de recurso especial ou extraordinário, pode levar *muito mais tempo que a tramitação na jurisdição ordinária* (primeiro e segundo grau). O Direito, enquanto conjunto de *regras*, há que se manter aberto às *exceções*, inerentes à complexidade do mundo da vida e à diversidade histórica.

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, *em face de nossas determinações constitucionais*, das quais podemos até discordar; jamais descumprir.

De outro lado, e como antecipado também a prisão em flagrante, que, obviamente, dispensa ordem judicial, reclamaria fundamentação judicial para a sua *manutenção*. No entanto, a Lei nº 12.403/11 esclarece, de modo definitivo, que sequer se tratará de se *manter a prisão em flagrante*, mas, se for o caso, de *sua conversão "em"* ou, segundo nos parece, *"na"* decretação da prisão preventiva (art. 310, II, CPP).

Aliás, desde a Lei nº 11.719/08, a prisão já dependia de ordem escrita e fundamentada. Confira-se:

"Art. 387 [...]

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."

Referido dispositivo, como se sabe, se refere ao momento de prolação da sentença penal condenatória. Sua introdução no ordenamento, desde aquela época, já havia produzido efeitos junto a outros dispositivos a ele relacionados, tais as hipóteses do art. 311 e do art. 595, ambos do CPP.

No entanto, com a Lei nº 12.403/11, o art. 311 já recebeu outra redação, permitindo a decretação da prisão preventiva *em qualquer fase do processo* (o que inclui a *sentença condenatória*). A rigor, permite a prisão até mesmo por decisão do Tribunal, no exercício de sua competência recursal (isto é, quando pendente recurso). E o art. 595 (que previa a *deserção* da apelação pela fuga do réu), foi objeto de revogação expressa (art. 4º). Ao propósito, e mesmo antes da alteração, registrem-se os termos da Súmula 347, do Superior Tribunal de Justiça, nesses termos: "*O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão*." A posição da Suprema Corte é também nesse sentido.

Também, no mesmo dispositivo (art. 4º, Lei nº 12.403/11), restou revogado o art. 393, CPP, que autorizava o lançamento do nome do condenado em primeiro grau no rol dos culpados.

Na mesma linha, e relativamente aos processos da competência do Tribunal do Júri, o atual art. 413, § 3º, CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.689/08, tem disposição idêntica àquela do art. 387, exigindo ordem escrita e fundamentada, isto é, motivada, ou para a manutenção do réu já preso ou para a decretação da preventiva, por ocasião da decisão de pronúncia.

"Art. 413 [...]

§ 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 de decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código."

Como se vê, então, a prisão cautelar: (a) depende de ordem judicial fundamentada; (b) pode ser decretada até a sentença condenatória; e (c) fundamenta-se nas razões da prisão preventiva, exceção feita à prisão temporária (Lei nº 7.960/89, art. 1º).

E, do mesmo modo, a imposição de qualquer medida cautelar, diversa da prisão, precisamente por implicar restrições a direitos individuais, reclamará, sempre, *fundamentação escrita da autoridade judiciária*, com base nos critérios de *necessidade e de adequação* da medida (art. 282, CPP, e art. 283 e art. 315, CPP, extensivos às cautelares).

11.3 Princípio fundamental das medidas cautelares: o postulado da proporcionalidade

Em tema de medidas cautelares é comum o recurso às expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora (*o u *libertatis)*, significando a *aparência do bom direito* e *o perigo da demora*, valendo também, em matéria penal, o *fumus comissi delicti*, a ser traduzido pela *aparência do fato delituoso*.

Sobre tais questões, cabem algumas ponderações preliminares no âmbito geral do processo penal.

Por primeiro, há que se observar que, ao contrário do que ocorre no processo de natureza *não penal*, inexiste no processo penal o *processo cautelar* propriamente dito, no sentido mais tradicional da teoria geral do processo, a exigir *a demanda, partes legitimadas, pedido* e demais requisitos da citada tutela processual (cautelar).

Assim, e embora não estejamos de acordo com a opção legislativa, parece-nos irrecusável a validade da legislação ora vigente (e sempre foi assim, desde o ano de 1941), que atribui à polícia judiciária a *capacidade de representação* junto ao juiz, para fins da imposição de determinadas medidas cautelares, se e quando no curso da fase de investigação. Ver, nesse sentido, o disposto no art. 282, § 2º, e no art. 311, ambos do CPP, referindo-se a essa capacidade das autoridades policiais (os Delegados) *na fase de investigação*.

Há quem não admita semelhante possibilidade, ao entendimento que apenas a *parte legitimada ao processo* – querelante, na ação privada, e Ministério Público – teria *capacidade postulatória*. É o caso, por exemplo, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em entendimento manifestado na apreciação do Procedimento MPF – 1.00.001.000095/2010-86, julgado em 2.12.2010.

O inconformismo é justificável, *do ponto de vista teórico*. A nosso juízo, *deveria mesmo* caber ao legitimado ativo a postulação de quaisquer providências que tenham consequências, ainda que futuras, no processo.

No entanto, não vemos como enxergar na Constituição da República qualquer óbice à legislação que disponha sobre a capacidade de solicitação de providências

judiciais na *fase de investigação*. Ao contrário, bem examinadas as coisas, a nossa Constituição deu-se ao trabalho de registrar as funções da polícia judiciária (art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º, CF). Pior, ao dispor sobre o *controle externo da atividade policial* pelo Ministério Público (art. 129, VII, CF), deixou à legislação complementar a regulamentação da aludida atribuição. E essa, de que é exemplo mais bem acabado a Lei Complementar nº 75/93, que trata do Ministério Público da União *nada dispõe acerca da suposta privatividade ministerial* ou da parte processual com capacidade exclusiva acerca das providências cautelares da fase de investigação (ver arts. 3º e 9º).

Por isso, aliado ao fato de que a legislação processual penal *não contempla um processo cautelar*, como procedimento *judicial* anterior ao processo *principal*, cuidando da fase de investigação como matéria *administrativa*, parecem-nos válidas as normas legais que concedem semelhante capacidade (de representação ao juiz) à autoridade policial, desde que limitada, é claro, à aludida fase (de investigação).

Uma ressalva: se o Ministério Público, que deverá ser cientificado das providências *representadas* pela autoridade policial, entender ausentes elementos suficientes para o prosseguimento das investigações, ou mesmo que o caso é de arquivamento por outra razão qualquer (incluindo, e, sobretudo, atipicidade manifesta da conduta), deverá ele antecipar-se à apreciação judicial acerca das cautelares, manifestando-se nesse sentido (do arquivamento), por uma ou outra razão.

Feitas tais considerações, avança-se para a fundamentação das providências cautelares no atual processo penal brasileiro.

A rigor, e a partir da Lei nº 12.403/11, há duas diferentes modalidades de cautelares, a saber: (a) as prisões (em flagrante, preventiva e temporária); e (b) as medidas cautelares, diversas da prisão.

A liberdade provisória, como já antecipado, vem a ser apenas a *explicitação* das hipóteses de medidas cautelares *por ocasião da restituição da liberdade*, sempre a partir da prisão em flagrante. Haverá casos em que a *fiança*, uma das cautelares, *será vedada* (arts. 323 e 324, CPP); e, outros, nas quais se exigirá do aprisionado apenas o comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, § 1º, CPP), ou nenhuma

cautelar será imposta, devendo ser integralmente restituída a liberdade (art. 283, § 1º, CPP).

E logo perceberá o leitor que há grande identidade entre as *razões ou fundamentos* para a imposição de prisão (art. 312) e de qualquer outra medida cautelar (art. 282), o que se presta a indicar a *preferência* por esta última. Não bastasse, esta preferência é texto de lei (§ 6º do art. 282).

Vamos, então, à Lei:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado."

E quanto à prisão preventiva:

> "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.
>
> § 1º. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º, CPP).
>
> § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada."

O que ressalta dos aludidos textos é que toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a *necessidade* e a *adequação* da medida, a serem aferidas a partir da:

a) garantia da aplicação da lei penal;
b) conveniência da investigação ou da instrução criminal.

Incumbe acentuar que a Lei nº 13.964/19 alterou o CPP e dispôs expressamente que, além da necessária motivação e fundamentação, a decisão que decretar a preventiva deve levar em consideração a existência de *fatos novos ou*

contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Embora possa parecer uma *nova exigência legal*, há muito esse requisito já era considerado como de demonstração essencial notadamente pelos tribunais superiores para a justificação de medidas extremas de prisões cautelares.

De qualquer modo, o tema da *atualidade* do risco à ordem pública merece que se considere, na linha de precedentes especialmente da Suprema Corte, a exigência de uma apreciação particularizada, devendo-se avaliar "*se o lapso temporal verificado neutraliza ou não, em determinado caso concreto, a plausibilidade concreta de reiteração delituosa*". Ou seja, especialmente em delitos permanentes, embora as condutas *originárias* (antecedentes) da lavagem possam estar distantes do período atual, a manutenção de atos que configurem crime permanente (da própria lavagem) poderão eventualmente autorizar a decretação da preventiva, desde que, mediante a devida fundamentação, demonstre-se a presença da necessidade e dos requisitos legais.

Note-se que, tanto para as medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320, CPP), quanto para a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP), estão presentes *as mesmas exigências*, quanto ao juízo de *necessidade* da restrição ao direito (garantir a aplicação da lei penal e a eficácia da investigação e da instrução criminal).

E não só isso: a referência feita à *adequação* da providência (art. 282, II, CPP) tendo em vista a gravidade e demais circunstâncias do fato, bem como as condições pessoais do indiciado (na investigação), ou, do acusado (no processo), vem a ser, na realidade, a verdadeira *pedra de toque* do novo sistema de cautelares.

É que a regra *deverá ser* a imposição *preferencial* das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando *inadequadas* ou *descumpridas* aquelas (as outras medidas cautelares). Essa é, sem dúvida, a atual orientação da legislação processual penal brasileira (§ 6º do art. 282), que, no ponto,

vem se alinhar com a portuguesa e com a italiana, conforme ainda teremos oportunidade de referir.

Necessidade e *adequação*, portanto, são os referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal.

E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso *postulado*, ou *princípio* (como prefere a doutrina), da *proporcionalidade*.

Para não sermos repetitivos e nem cansarmos o leitor, reitera-se o seguinte: o postulado da proporcionalidade, presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exerce uma dupla função no Direito, a saber:

a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na *proibição do excesso*, mas, também na *máxima efetividade* dos direitos fundamentais, serve de efetivo *controle da validade* e do *alcance* das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;
b) na segunda, presta-se a permitir um juízo de *ponderação* na escolha da norma mais adequada em caso de eventual *tensão* entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

Por isso, e quanto a esta última função, Robert Alexy, dentre outros, se refere aos três essenciais critérios de ponderação: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a efetiva *divergência* de sentidos entre duas normas igualmente válidas e pertinentes para determinado caso concreto (*Derecho y razón práctica*. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofia del Derecho y Política, 2002).

Então, o juízo de proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares deverá também se orientar por tais perspectivas, e, de modo mais sensível, naquelas atinentes à *proibição do excesso* e da *adequação* da medida.

Quando presente a *necessidade* da cautelar, tendo em vista eventuais riscos ao

processo, o primeiro passo do juiz no exame das medidas cabíveis será na direção da *adequação* da providência, em vista da *concreta* situação pessoal do agente, bem como da *gravidade* e das *circunstâncias* do fato.

A necessidade da cautela, portanto, deve ser apenas o ponto de partida para toda e qualquer imposição de medida cautelar.

Deve-se ter em conta que, em princípio, não se recorrerá à prisão preventiva, salvo quando constatadas imediatamente as hipóteses legais dispostas nos arts. 312 e 313, CPP. A primazia deverá ser da imposição de medida cautelar diversa da prisão. Daí se não queira concluir, repetimos, que se deva, sempre, antecipar outra providência acautelatória diversa da prisão. Não. Sabemos que há casos em que, a *gravidade* do fato, as *circunstâncias* de sua execução, aliadas à *natureza* da ação, a revelar fundado receio de novas investidas, seja no âmbito da própria vítima e seus familiares, seja em relação a terceiros, autorizam a decretação da preventiva desde logo (art. 311, CPP). Aliás, a circunstância de uma anterior *prisão em flagrante* poderá se juntar aos demais requisitos, justificando a aplicação, *por conversão* (art. 310, II, CPP), da preventiva.

De outro lado, o juízo de *proporcionalidade* em matéria de medidas cautelares estará autorizado pelos novos critérios de prisão preventiva, mas, também, dos velhos parâmetros para a aplicação da pena no Brasil.

Veja-se, por exemplo, que, desde o ano de 1998, com a Lei nº 9.714, a nossa legislação penal passou a *ampliar as hipóteses* de aplicação da pena *restritiva de direitos*, permitindo a substituição da privativa da liberdade para as condenações *não superiores a quatro anos*, se praticado o fato sem violência ou grave ameaça (art. 44, I, CP), não for o réu reincidente em crime doloso (art. 44, II, CP) e as circunstâncias pessoais do agente o recomendarem (art. 44, III, CP). O objetivo é óbvio: evitar o excesso de privações da liberdade.

Nota-se, então, certo grau de proporcionalidade (no sentido da proibição do excesso!) entre a hipótese geral da prisão preventiva, conforme art. 313, I, CPP (crimes dolosos punidos com pena privativa superior a quatro anos) e a substituição da pena privativa da liberdade (art. 44, I, CP – condenação até quatro anos). No

mesmo sentido, o disposto no art. 33, § 2º, *b*, CP, permite o início de cumprimento de pena em regime *aberto* àquele que tenha sido condenado à pena não superior a quatro anos.

Na mesma direção, têm-se prudência e proporção na vedação de imposição de quaisquer medidas cautelares – incluindo a prisão preventiva – para as infrações às quais não seja prevista pena privativa da liberdade (art. 283, § 1º, CPP). Como regra, nenhuma providência cautelar pode ser superior ao resultado final do processo a que se destina tutelar.

Há também manifesta proporcionalidade em relação aos crimes *culposos*, para os quais permanece *vedada* a prisão preventiva, ressalvada a hipótese do art. 313, parágrafo único, CPP, limitada a prisão *para e até* a identificação do acusado. Ora, se o art. 44, I, CP, autoriza a substituição da pena, *qualquer que seja aquela aplicada*, para os crimes *culposos*, por que razão se recorrer à prisão preventiva? Aqui, a desproporção da medida restaria evidente! A medida cautelar seria *mais grave* que a pena aplicada!

Isso, como *regra*, é claro. Excepcionalmente, e sempre excepcionalmente, quando o acusado for reincidente em condutas lesivas a terceiros, mesmo culposas, não vemos razões para impedir a imposição de determinadas e adequadas medidas cautelares, desde que se possa constatar a possibilidade, no caso concreto, de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo.

Com redobradas razões, não se imporá a prisão preventiva e nem mesmo qualquer outra medida cautelar nas infrações consideradas de menor potencial ofensivo, segundo assim dispuser a respectiva Lei nº 9.099/95, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. É que ali o processo se orienta pela informalidade e pela pacificação do conflito, ostentando, portanto, natureza *conciliatória*. Relembre-se que o parágrafo único do art. 69, Lei nº 9.099/95, veda também a imposição de fiança para tais infrações, permitindo apenas o afastamento do lar em hipóteses de violência doméstica.

Por fim, pensamos que, para as infrações penais para as quais sejam cabíveis e (desde que) *aceitas* as hipóteses de suspensão condicional do processo, tais como

previstas no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não se poderá recorrer às medidas cautelares. E isso porque a *suspensão do processo*, em si, já determina a *ausência de necessidade* de preservação da efetividade do processo. Não bastasse isso, as condições exigidas e impostas para a suspensão, segundo o ali disposto (art. 89, I, II, III e IV), já oferecem garantias acauteladoras, guardando, inclusive, identidade com as regras trazidas pela Lei nº 12.403/11.

Não nos parece, contudo, que semelhante raciocínio possa ser aplicado aos crimes passíveis de *acordo de não persecução penal* (art. 28-A do CPP). O limite de pena escolhido pelo legislador para este instituto é demasiadamente amplo, englobando delitos graves como, por exemplo, lavagem de dinheiro, corrupção e tráfico de drogas. Assim, ao contrário dos crimes de *menor potencial ofensivo*, há sim perspectiva – ao menos em tese – de aplicação de pena privativa de liberdade ao fim do processo, caso o acordo não seja proposto.

A seguir, então, passaremos em revista os principais aspectos e características das medidas cautelares *diversas das prisões*, deixando o exame destas últimas para depois, em tópicos separados.

11.4 As medidas cautelares, diversas das prisões

Vamos direto à Lei, e, mais especificamente, ao disposto no art. 319, CPP:

"Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

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;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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;

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;

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;

IX – monitoração eletrônica".

As atuais medidas cautelares pessoais no Brasil, como parece evidente, se espelham na legislação portuguesa, conforme se vê do art. 197 e seguintes do Código de Processo Penal de Portugal, lá tratadas como *medidas de coacção*, e que, a seu turno, se inspiraram no Código de Processo Penal italiano e suas *misure coercitive do Codice di Procedura Penale* (art. 280 e seguintes).

Como certamente terá percebido o leitor, nenhuma delas parece oferecer dificuldades quanto ao respectivo significado, função e consequências. De modo mais claro: elas são autoexplicativas!

O que não impede ou dispensa uma abordagem mínima dos respectivos conteúdos.

I – A *primeira* cautelar implica o comparecimento periódico a sede do juízo, para que o investigado ou acusado informe sobre suas atividades regulares (art. 319, I, CPP).

Aludida providência já é encontrada na legislação processual penal brasileira na chamada *suspensão condicional do processo*, cabível para infrações penais cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano (art. 89, Lei nº 9.099/95), para a qual, uma vez aceita pelo acusado, se imporá a obrigação de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informação e justificação de atividades.

Naturalmente, sendo o caso de suspensão condicional do processo, não caberão as medidas cautelares aqui examinadas, pelas razões que já alinhamos no item anterior, desde que, é claro, tenha sido proposta, aceita e decretada a suspensão (do processo).

Caberá ao juiz aferir da periodicidade do comparecimento, segundo sejam as condições do agente e a gravidade dos fatos, pressuposto de adequação de toda medida cautelar (art. 282, II, CPP).

A nosso aviso, ainda que o investigado ou acusado resida fora da sede do juízo em

que se processa a acusação, será possível a imposição do comparecimento periódico e obrigatório, cabendo, porém, ao juiz do local da residência a fiscalização da execução da medida, seja por meio de carta precatória, seja pelo simples registro em livro próprio e confirmação posterior ao juiz da causa. Como se trata de restrição de direitos individuais, não há que se onerar excessivamente o inculpado, se possível a aplicação da medida de modo menos gravoso.

Há que se considerar ainda que a previsão no sentido do comparecimento obrigatório *para informar e justificar* atividades deve ser recebida em seus devidos e possíveis termos.

Ora, que não se pense ou mesmo se insinue que aquele que não estiver no exercício de atividade laborativa regular deva ser punido com a imposição de medida cautelar mais grave ou até com a decretação da preventiva. O Estado não pode impor o *dever* do trabalho, como condição de não agravamento da situação do investigado ou do processado. A medida deve se limitar às *informações* sobre as eventuais atividades então em desenvolvimento, ou, se for o caso, as razões pelas quais não se exerce qualquer uma delas. Para nós, aliás, não há como se reconhecer validade na norma penal que define e pune a *vadiagem*, tal como se vê ainda no art. 59 do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais). Uma coisa é investigar a *origem* dos recursos utilizados para a sobrevivência daquele que afirma não ter fonte de receitas; outra, muito diferente, é punir a indolência, e, pior ainda, a miserabilidade.

II – A *segunda* cautelar, atinente à *proibição de acesso ou frequência* a determinados lugares, que tanto poderá impedir a prática de novas infrações, quanto se mostrar conveniente para a investigação ou para a instrução, explica-se por si mesma, conquanto não se ofereça, nela mesma, instrumentos adequados para a fiscalização do cumprimento da medida.

E que não se pense, então, na obrigatoriedade *cumulativa* do monitoramento eletrônico (art. 319, IX, CPP) em tais situações, embora, em princípio, a aludida medida (monitoramento) se mostre adequada à fiscalização do cumprimento da proibição de acesso a determinados lugares. No particular, a possibilidade de

agravamento das cautelares, incluindo a possibilidade de decretação da prisão preventiva (art. 282, § 4º, CPP), seria menos gravosa que a imposição do monitoramento eletrônico, cuja execução ficaria bem mais complexa no caso de proibição de acesso ou frequência apenas a determinados lugares. Mas, repita-se, havendo tecnologia suficiente, não se pode descartar a utilidade da aplicação cumulativa.

De outro lado, impende observar que a medida poderá também evitar a perturbação ou acirramento de ânimos entre as pessoas dos locais em que deva ser proibido o acesso ou frequência, mesmo que não se tenha receio da reiteração criminosa (nesse sentido, a doutrina portuguesa de SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, t. II, p. 276).

III – Parece ter os mesmos contornos a *terceira* providência cautelar (III), relativa à proibição de contato com pessoa determinada, estendendo-se a ela todas as observações que acabamos de fazer, com um acréscimo: aqui, o núcleo central das preocupações parece ser a vítima ou seus familiares, evitando-se contatos prejudiciais a todos os envolvidos, e, por isso mesmo, a reiteração de novos conflitos.

A medida pode trazer algumas dificuldades práticas, como parece óbvio.

Nesse mundo, *vasto mundo*, encontros e desencontros são, de modo geral, imprevisíveis.

O que deve ser evitado e proibido é a *procura* de contato com a pessoa para a qual se estabeleceu a cautelar, o que apenas o caso concreto poderá esclarecer.

IV – A *quarta* medida diz respeito à proibição de ausência da Comarca, para fins de conveniência da investigação e da instrução criminal.

Ora, não são muitas as hipóteses em que se pode determinar a proibição de ausência da Comarca ou da sede do Juízo *apenas sob tais finalidades*.

É que são muito raros os casos de intervenção corporal no Brasil, limitados à identificação datiloscópica, fotográfica e genética (Lei nº 12.654/12), ao exame grafotécnico (art. 174, CPP), e ao reconhecimento de pessoa (art. 226, CPP), sem

falar no teste de alcoolemia (o bafômetro e perícias médicas – Lei nº 12.760/12), cuja eficácia depende de sua realização imediata.

Já dissemos um sem-número de vezes: a garantia contra a não autoincriminação não constitui qualquer direito subjetivo a não produzir prova contra si mesmo. O que existe, como regra, é a proibição de a pessoa *ser compelida, contra a sua vontade*, a realizar os exames previstos em lei. De fato, não se pode forçar ninguém a *soprar* o bafômetro, e, tampouco, a *escrever de próprio punho* para comparações grafotécnicas. A violência seria inútil, desnecessária e abusiva. Sobre o tema, remetemos o leitor ao Capítulo 9, que trata *das provas*.

Já para o reconhecimento de pessoa, no caso em que a prova do crime necessite do depoimento de testemunhas oculares do fato, não há como recusar a validade da medida, podendo o juiz, inclusive, determinar a condução coercitiva do acusado *para esse fim* (art. 260, parte final, CPP).

Assim, a proibição de ausência da sede do juízo, *para essa finalidade*, parece-nos de pouca valia prática, a menos que se queira a sua imposição para *garantir a aplicação da lei penal*.

E, no ponto, a providência nos parece possível, dado que o legislador nem sempre organiza de modo sistemático e coerente as suas regulações.

Veja-se, então, que a imposição da simples proibição de ausência da Comarca é menos onerosa que a exigência de comparecimento periódico e obrigatório (art. 319, I). Por isso, melhor aceitá-la sob finalidade diversa (para garantia da aplicação da lei) que obrigar o investigado ou o acusado ao cumprimento de regras mais rígidas.

V – A grande inovação em tema de cautelares repousa na exigência de *recolhimento domiciliar* no período noturno e os dias de folga, da *quinta* modalidade cautelar.

Trata-se de providência que, em princípio, deveria se limitar *à substituição de prisão em flagrante*, nas hipóteses em que não seja ainda adequada e necessária a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP), ou, que o fato não se enquadre nas circunstâncias do art. 313, CPP, requisitos específicos daquela modalidade de prisão.

A Lei, art. 282, CPP, nada diz sobre a questão.

De se ver, ainda, que o aludido dispositivo legal também não se animou a apontar a *finalidade* do recolhimento domiciliar, como o fez em relação às demais cautelares, o que parece recomendar maiores cuidados quanto e quando de seu manejo.

Seria para garantir a aplicação da lei penal, por conveniência da investigação ou da instrução, ou, enfim, para *garantia da ordem pública ou econômica* (art. 312, CPP)?

Pensamos que a medida pode e deve ser utilizada como as demais cautelares, sobretudo quando substitutiva da prisão preventiva, por ocasião de prisão em flagrante, e qualquer que seja a sua finalidade, incluindo a garantia da ordem pública. Vamos esclarecer melhor esse ponto, que ainda não tivemos oportunidade de adiantar, em razão de deixarmos o exame da prisão preventiva para tópico em separado.

A nosso aviso, a prisão preventiva será utilizada em três circunstâncias específicas: (a) de modo *autônomo*, em qualquer fase da investigação ou do processo (arts. 311, 312 e 313, CPP), independentemente de anterior imposição de medida cautelar ou de prisão em flagrante; (b) como *conversão* da prisão em flagrante (art. 310, II, CPP); e, por fim, (c) de modo*subsidiário*, pelo descumprimento de cautelar anteriormente imposta.

Nas duas primeiras hipóteses, somente será cabível a preventiva *se atendidas as condições* do art. 312 (requisitos gerais, *de fato*) e também do art. 313 (requisitos *de direito*).

Já na terceira (hipótese), não. Bastará o descumprimento da medida cautelar imposta e a reafirmação da necessidade da prisão, segundo os requisitos do art. 312, CPP, independentemente das circunstâncias e das hipóteses arroladas no art. 313, CPP. Do contrário, a imposição de medida cautelar somente seria cabível para as situações descritas no art. 313, CPP, o que não parece corresponder, nem ao texto legal nem à estrutura normativa das cautelares pessoais.

Neste último caso, a preventiva surge como medida de caráter *subsidiário*, vinculada ao descumprimento de providência menos onerosa, fato esse que, em tese,

seria indicativo da presença dos requisitos do art. 312, CPP.

Por isso, o recolhimento domiciliar surge como a melhor alternativa ao cárcere, como medida de acautelamento prévio e anterior à decretação da preventiva, *podendo* até ser imposta independentemente de anterior prisão em flagrante, mas, segundo nos parece, mais adequada se revelaria como *substitutiva* da prisão em flagrante.

Junto a ela, e segundo nos parece, com o objetivo de permitir uma melhor fiscalização de seu cumprimento, deveria ser também imposto o *monitoramento eletrônico*, sem o qual restaria muito difícil a constatação efetiva da eficácia da medida.

Anote-se, ainda, que o recolhimento domiciliar *não é a mesma coisa* que a prisão domiciliar, somente cabível como substitutivo da prisão preventiva e *sob determinadas condições e circunstâncias pessoais do agente*, conforme se vê do art. 318, CPP.

E, como se trata de medida de inegável gravidade, *limitativa da liberdade de locomoção*, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho, pensamos que o tempo de seu cumprimento deve ser levado à conta da *detração da pena*, como se tratasse de verdadeira *prisão provisória*, nos termos, portanto, do art. 42, do Código Penal.

E nem se diga que o *desconto* do tempo na pena seria incabível em razão da liberdade para o trabalho. Ora, sabe-se ser esse um dos principais objetivos da execução da pena no Brasil, na perspectiva da ressocialização do condenado. O trabalho deve ser sempre incentivado, quando não oportunizado pelo Estado, instituindo-se, no ponto, como verdadeiro direito fundamental (art. 6º, da Constituição da República). É também nesse sentido a doutrina e a jurisprudência portuguesa sobre a matéria (Confira-se SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1999, p. 276).

VI – A *sexta* cautelar se refere à *suspensão do exercício de função pública* ou de *atividade de natureza econômica ou financeira*. Nos termos da Lei, a finalidade seria o impedimento da utilização de tais circunstâncias (serviço público e atividade econômico-financeira) para a reiteração de infrações penais.

Já tivemos oportunidade de demonstrar, contudo, que nada impedirá a sua imposição também, e excepcionalmente, *por conveniência* da instrução (ou da investigação) nos casos em que for fundado o receio de *destruição de provas* cujo acesso dependa do exercício da função pública ou da aludida atividade econômico-financeira. E voltamos a alertar: a insistência desmedida na submissão da matéria ao princípio da legalidade, no sentido de somente aplicar a cautelar *para os fins específicos* determinados em lei, poderá acarretar o incremento da prisão preventiva, quando se tratar das situações previstas no art. 313, CPP.

Por óbvio, e como facilmente se deduz da natureza restritiva de direitos dessa cautelar, é preciso, de fato, que a *regra* seja o cumprimento da finalidade legal ali especificada, destinada, portanto, ao risco de prática de novas infrações penais. Excepcionalmente, porém, deve-se também poder manejá-la sob outra fundamentação cautelar (art. 282, I e II, CPP), a fim de se impedir a decretação compulsória da prisão preventiva, se, com isso, também se puder alcançar a proteção da prova da investigação ou da instrução.

Já quanto ao conteúdo das atividades, a interpretação há que ser restritiva, evitando-se a expansão dos horizontes da aludida medida cautelar, extremamente gravosa aos direitos fundamentais.

Por *função pública* há que se entender toda atividade exercida junto à Administração Pública. A delimitação de seus contornos conceituais há que ser encontrada no Direito Administrativo. Compreende-se por função pública, então, toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o *emprego público* sob o regime trabalhista.

Fazemos, contudo, um reparo às edições anteriores: em caso de mandato eletivo, em que o exercício do cargo deriva de fundamentação constitucional, e, mais, vem lastreado na livre manifestação do voto popular, somente em caso de condenação criminal e nas hipóteses constantes da legislação complementar eleitoral e no Código Eleitoral – todos, porém, autorizados na Constituição da República (art. 14, §§ 9º e 10, e art. 15) – é que se poderá pretender o afastamento do cargo. O fato de ser possível a prisão de alguns ocupantes de mandato eletivo – respeitados os casos de

imunidade processual e material do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional – não autoriza a compreensão de ser cabível o afastamento do mandato eletivo. Esse, o mandato, tem como legítimo titular a soberania do voto popular. Recentemente o STF julgou de maneira diversa, permitindo o afastamento do cargo eletivo (no caso, tratava-se do Presidente da Câmara dos Deputados) por entender que sua posição acarretava riscos ao processo que se desenvolvia naquela Corte – AC nº 4.070/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, 5.5.2016. A tese não nos convence, pelos motivos já expostos acima.

Já o conceito de *atividades econômico-financeiras* é bem mais amplo, devendo ser buscado, sobretudo, em relação ou em associação ao tipo de delito que se esteja investigando ou processando. De todo modo, a atividade empresarial, de maneira geral, implica o simples e geral desempenho de atividade de natureza econômica. A seu turno, a atuação junto aos bancos, comerciais ou não, e demais instituições financeiras, abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro, satisfazem o conceito de *atividade financeira*.

No particular, ressalta-se a importância estratégica da posição ocupada pelo agente junto às instituições financeiras como fator de risco de reiteração do comportamento e de destruição de provas.

Digno de nota, e de repúdio, o disposto no art. 17-D da Lei nº 9.613/98 (com redação dada pela Lei nº 12.683/12), que trata dos crimes de lavagem de dinheiro e de ativos. Ali se prevê a possibilidade de afastamento do servidor público pelo simples *indiciamento* em inquérito policial, na investigação de delitos daquela natureza (lavagem). Repetimos:

"E nem se faz necessário qualquer esforço de argumentação. *Indiciamento* é ato de convencimento pessoal da autoridade investigante. Nada mais. Inquérito policial é procedimento administrativo realizado *sem contraditório* e sem a *participação* da defesa. Como se poderia pensar no afastamento do servidor de cargo público *pelo juízo de antecipação de culpa* da autoridade policial??? Nem o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e seu eventual recebimento pelo juiz poderiam cumprir tal missão: não há ato de coerção estatal que dispense a *fundamentação da necessidade*. Patente e evidente a inconstitucionalidade do dispositivo.

De se ver, no particular, que o CPP exige *ordem escrita e fundamentada* de autoridade *judicial* para a imposição de medida cautelar pessoal de suspensão do exercício de função pública, *quando absolutamente necessário* às

finalidades de proteção da investigação ou do processo (art. 319, VI, CPP). Seria preciso acrescentar algo?"

VII – A internação provisória do inimputável ou do semi-imputável dependerá, primeiro, da existência de indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos mediante grave ameaça, e, segundo, do risco concreto de reiteração criminosa, tudo isso a ser aferido por meio de prova pericial médica, segundo o disposto no art. 149 e seguintes do CPP.

Trata-se de medida já contemplada em nosso ordenamento desde o Código de Processo Penal de 1941, sob outra roupagem (cautelar). Em tese, tudo muito simples; na prática, porém, de dificílima aplicação.

VIII – A fiança, que, pelo menos desde a Lei nº 6.416/77 e até o ano de 1990 (Lei nº 8.035), havia perdido toda a sua importância no processo penal brasileiro, em razão da instituição legal da liberdade provisória sem fiança do então art. 310, § 1º, *ao processo*, não há a mais mínima dúvida que ela poderá ser imposta e prestada *desde a efetivação da prisão em flagrante*, sendo perfeitamente cabível, portanto, na fase de investigação (art. 310, II, CPP).

Note-se, também, que o requisito da *resistência injustificada à ordem judicial* (art. 319, VIII) não poderia ser mais *vago* e inconsistente, a não ser que se refira ao descumprimento de outra cautelar, caso em que a redação do texto seria apenas *sofrível*.

Afinal, a que tipo de ordem judicial ali se refere? E por que e em quais situações o juiz expediria determinações de conduta (ordens) ao investigado ou ao acusado? E por que razão aquele que deixa de cumprir uma ordem judicial se sentiria compelido a fazê-lo sob a ameaça da fiança?

Não acreditamos que o legislador esteja a insinuar que o acusado *estará autorizado a não mais cumprir a ordem que descumpriu*, a tanto bastando e desde que ofereça a prestação de fiança!!! Por certo que não.

Sabe-se que o investigado e o acusado, na condição e no estado de inocência em que se encontram, antes de condenação passada em julgado, permanecem no regular exercício de seus direitos individuais. Não têm eles *obrigações processuais* junto à

Justiça, ressalvadas as poucas hipóteses de intervenções corporais legalmente previstas em lei. Seria esse o caso, então, isto é, de alguma providência instrutória que dependa da presença do acusado, tal como ocorre com o reconhecimento de pessoa ou a identificação civil por meio de datiloscopia e fotografia, ou, ainda, a identificação genética (Lei nº 12.654/12)?

Se for, o dispositivo é absolutamente inadequado e inócuo, dado que a prestação de fiança *não substituirá* a prova não produzida.

Há, contudo, outra alternativa para a compreensão desse *imbróglio*. Com efeito, pode-se entender a previsão legal apenas como reforço de fundamentação quanto à necessidade do comparecimento obrigatório a todos os atos do processo e sempre que a tanto intimado, nos precisos termos dos arts. 327 e 328, CPP. Assim, a resistência injustificada seria às obrigações decorrentes do Termo de Fiança, a serem entendidas como ordens do juízo.

Ficamos por aqui, relativamente à fiança, tendo em vista que dela cuidaremos em maior extensão ao exame da liberdade provisória com fiança. Não sem antes, porém, deixar assentado: para nós, a fiança é espécie de liberdade provisória, *substitutiva* da prisão em flagrante. E, mais: vinculada ao fundamento de garantia da aplicação da lei penal. Parece-nos inimaginável a imposição de fiança para garantia da ordem pública, por exemplo!

A sua imposição de modo autônomo e desvinculado da prisão em flagrante também parece possível, à ausência de qualquer vedação expressa na Lei nº 12.403/11. Embora assim seja, e por se tratar de medida evidentemente gravosa, pensamos que seu manejo há que ser feito com redobrada cautela, evitando-se a sua banalização, sobretudo em um universo em que a eficácia e a dureza do Direito Penal parecem vocacionadas apenas para a população que vive à margem ou com pouquíssimo acesso aos bens de vida e às prestações sociais gerais.

IX – Medida das mais relevantes, o monitoramento eletrônico vem para oferecer mais uma alternativa à prisão provisória. A sua introdução no direito brasileiro se deu com a Lei nº 12.258/10, como incidente de execução de pena.

O Poder Executivo regulamentou a matéria por meio do Decreto nº 7.627/11, sem

contudo, descer a detalhes sobre o meio técnico de execução da medida, e, mais, deixando sem regramento o monitoramento passivo.

Nos findos de 2017, o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária editou Resolução dispondo detalhadamente sobre o tema (Resolução nº 5, de 10 de novembro de 2017), não obstante tenha permanecido a ausência de normatização quanto ao chamado monitoramento passivo.

Nos Estados Unidos, cujo modelo surgiu em 1971 (JUNEERTAS, Josine *Alternatives to prison sentences: experiences and developments*. p. 31 e 32), para substituir prisões juvenis (menor e adolescente), e é utilizado em larga escala, o monitoramento pode ser feito de duas maneiras.

Na primeira, denominada monitoramento ativo, é colocado junto ao monitorado um aparelho transmissor ligado a um computador central. Isso pode ser feito de maneira que menos danos cause à pessoa, no que toca à visibilidade da medida, permitindo maior mobilidade do usuário.

Na segunda, monitoramento passivo, um computador é programado para efetuar chamadas telefônicas para determinado local, procedendo à conferência eletrônica do reconhecimento de voz e emitindo um relatório das ocorrências. A constatação da presença do monitorado no local pode também ser feita por meio de uma pulseira ou de uma tornozeleira eletrônica. Nesses casos, a medida impõe também o recolhimento domiciliar em determinados horários.

Ali, nos EUA, a sua utilização, como regra, é feita em presos condenados e em condicional, como alternativa, de custos, ao sistema prisional.

Aqui, a Resolução nº 5 seguiu a linha que defendíamos em edições anteriores deste *Curso*, tratando a medida como excepcional (conforme ilustrado pelos arts. 15 a 19, que determinam o caráter subsidiário da monitoração eletrônica diante de outras medidas cautelares possíveis, além de exigir requisitos rígidos para sua autorização) e passível de utilização somente com adesão do monitorado (art. 5º).

Ademais, ciente de que a colocação de aparelhos eletrônicos junto ao corpo da pessoa constitui, por si só, inevitável constrangimento (na medida em que sinaliza, à

evidência, tratar-se de alguém sob permanente monitoramento), a nova Resolução foi cuidadosa ao reconhecer o sigilo dos dados obtidos (arts. 22 a 25) e também a necessária proteção à dignidade do monitorado (arts. 4º, 6º, 12 e 13).

E não nos parece que se deva reputar inconstitucional a sua previsão na lei. O que poderá ser questionável é a aplicação efetiva da medida e não a sua previsão em abstrato, já que justificada como alternativa ao cárcere. Em princípio, e quando se tratar de concreta alternativa à prisão, não se deve recusar a possibilidade do manejo do monitoramento eletrônico. Por isso, não se discute a sua constitucionalidade nos Estados Unidos. Inglaterra e Canadá também adotam o monitoramento.

X – Por fim, embora não se encontre arrolada entre as hipóteses do art. 319, constata-se a existência de outra medida cautelar introduzida pela Lei nº 12.403/11.

Trata-se da proibição de se ausentar do país – e não só da Comarca, como prevê o disposto no art. 319, IV – previsto no art. 320, CPP, para a qual deverão ser comunicadas as autoridades de polícia de fronteiras (Polícia Federal) e determinado o recolhimento do passaporte, no prazo de 24 horas.

Observe-se, no ponto, que a saída do território nacional nem sempre se faz mediante a utilização do passaporte, podendo ser feita por meio de transporte viário. E mais. Entre os países do Mercosul não se exige o passaporte para a movimentação de seus integrantes, o que, em tese, favoreceria a saída do país e a tentativa de obtenção de novo passaporte junto à respectiva embaixada. Assim, para que se obtenha maior eficácia na medida, impõe-se a determinação de proibição de expedição de novo passaporte para todas as autoridades diplomáticas envolvidas.

Essa é uma medida que poderá trazer transtornos àqueles que, no desenvolvimento de suas regulares atividades, tenham que se ausentar do país com mais frequência. No entanto, ela somente se justificará quando presente o fundado receio de fuga e sempre como alternativa à prisão preventiva.

Acrescente-se a tais providências acautelatórias, outra, já contida há muito na Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito), cujo art. 294 prevê a possibilidade de o juiz decretar, motivadamente, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção. Embora o dispositivo contemple a

hipótese de concessão de ofício, parece-nos que será necessária a provocação do Ministério Público ou da autoridade policial, na linha do quanto disposto no art. 282, § 2º, CPP.

11.4.1 Regras gerais da aplicação

No que toca ao regramento geral de aplicação das medidas cautelares, alerta-se, à saída, para o fato de que a imposição de qualquer uma delas deve se reportar à respectiva fundamentação, tal como se encontra no art. 282, CPP.

Relativamente a todas elas, a *necessidade* da medida deverá estar presente, sob qualquer uma das cláusulas genéricas do citado dispositivo: "*necessidade para a aplicação da lei penal e para a investigação ou a instrução*".

Há, porém, hipótese em que não se admitirá a imposição de qualquer medida cautelar, independentemente de se mostrar necessária a providência. Trata-se da proibição de sua imposição nos casos em que não for cominada pena privativa da liberdade para a infração penal em apuração ou já sob processo (art. 283, § 1º, CPP). O legislador, no caso, foi prudente, evitando a aplicação de medidas cautelares superiores aos resultados finais do processo, na hipótese de condenação, orientando-se, pois, pela proporcionalidade nas restrições de direitos.

Do mesmo modo, como já dissemos linhas atrás, julgamos inadequadas e desnecessárias as medidas cautelares para as infrações de menor potencial ofensivo, para as quais é previsto o processo *conciliatório* da *transação penal*, e também para os casos de proposta e aceitação da *suspensão condicional* do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95. As exigências para a suspensão do processo já implicam providências de natureza acautelatórias. Por razões semelhantes, mostram-se inadequadas, em princípio, aos crimes culposos (ver nossas considerações, item 11.3, *retro*).

Nesse ponto, poder-se-ia objetar: o fato de, em tese, não ser cabível a decretação autônoma da prisão preventiva não significaria a impossibilidade de se impor *qualquer outra medida cautelar*. É fato que a lei nada dispõe sobre essa proibição

para as cautelares, limitando-a aos casos em que não seja prevista pena privativa da liberdade para a infração penal (art. 283, § 1º, CPP).

No entanto, como a lei autoriza a decretação da prisão preventiva para os casos de *descumprimento de cautelares* (art. 282, § 4º, CPP), admitir-se a imposição de alguma delas (cautelares, diversas da prisão) para tais infrações implicaria sempre o risco de decretação da prisão *pelo descumprimento* da cautelar, para crimes dos quais, ao final, não se espera, em tese, a imposição de pena privativa da liberdade.

Há que se ponderar, todavia, que, como em todo o Direito – e já fizemos essa observação antes – há que se deixar em aberto a possibilidade da ocorrência de casos excepcionais. Há hipóteses de crimes culposos no trânsito em que o autor é mais que reincidente na conduta de direção embriagada, produzindo e reproduzindo danos e mortes a terceiros. Em situações como essas, por exemplo, e excepcionalmente, se poderá pensar na imposição de cautelares e até mesmo de prisão preventiva, em último caso. Por quê? Porque nas aludidas circunstâncias será possível a condenação definitiva em pena privativa da liberdade, como resultado final do processo. Nesse caso, excepcional é certo, não haveria desproporção na eventual decretação de preventiva, *unicamente como substitutiva de cautelar descumprida*. Aliás, renove-se aqui a referência que fizemos ao art. 294 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito), que prevê medida cautelar de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Para os demais crimes, em princípio, será sempre cabível a aplicação das cautelares, ressalvadas apenas os casos de vedação expressa na lei, de que é exemplo, como vimos, o art. 283, § 1º (delitos para os quais não se admite, nem em tese, a pena privativa da liberdade).

As medidas cautelares, ou, pelo menos, algumas delas, poderão ser aplicadas no âmbito dos Juizados de Violência Doméstica e nas infrações praticadas contra a criança e o adolescente, bem como aos idosos e aos incapazes, independentemente da pena prevista nos aludidos tipos penais. De ver-se, no ponto, que para tais situações será cabível a decretação da preventiva *para garantir a execução* de medidas protetivas de urgência já aplicadas (art. 313, III, CPP), a menos que se trate de

infração penal em que caiba a decretação *autônoma* da referida prisão (art. 313, I, CPP).

Cabe ainda esclarecer que as medidas protetivas de urgência se destinam a proteger precipuamente a vítima e não a efetividade do processo, como ocorre com as cautelares arroladas nos arts. 319 e 320, CPP. Por isso, não haverá qualquer problema na aplicação, isolada ou cumulativa, de umas (protetivas de urgência) e de outras (cautelares, diversas da prisão), quando necessário (art. 282, I, CPP).

As medidas cautelares, tal como ocorre com a prisão preventiva, podem ser impostas de modo *autônomo* ou em *substituição* à prisão em flagrante. Poderão até substituir a prisão preventiva, quando esta não mais se mostrar necessária.

Vejamos, então, a relação entre os fundamentos de sua decretação e a respectiva cautelar.

Dentre aquelas que implicam juízo de receio quanto à fuga ou para garantir a aplicação da lei penal alinham-se as inseridas no art. 319, I (comparecimento periódico e obrigatório em juízo); VIII (fiança) e IX (monitoramento eletrônico).

Para fins de conveniência da investigação e da instrução criminal, pode-se recorrer àquelas do art. 319, IV (proibição de ausentar-se da Comarca) e VIII (a fiança).

No entanto, algumas das medidas se relacionam com outra finalidade, já então *específica* e não genérica: *para evitar a prática de novas infrações penais*, consoante o disposto na parte final do art. 282, CPP.

São medidas dessa natureza aquelas arroladas no art. 319, II (proibição de acesso a lugares); III (proibição de contatos com pessoa determinada); VI (suspensão do exercício de função ou atividade) e, VII (internação provisória do inimputável ou do semi-imputável).

Para todas elas, é o legislador quem esclarece a finalidade da providência, cabendo ao magistrado o exame de sua pertinência e necessidade, tendo em vista a situação concreta do *fato* e as circunstâncias pessoais dos envolvidos.

No entanto, pensamos que a referência feita na lei às finalidades e propósitos de

cada cautelar não pode afastar o juízo de sua pertinência para situações diversas daquelas, como se nota, facilmente, na limitação de uma única hipótese para a garantia e conveniência da instrução e da investigação, referida à proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV, CPP).

E que nem se venha a alegar que entraria em cena o princípio da legalidade em matéria de limitações de direito. Não se trata disso.

É que a perturbação da investigação ou da instrução, com o risco de destruição de provas, de ameaça às testemunhas, bem como de qualquer outro comportamento que venha a atingir a efetividade do processo, não parecem compreendidos unicamente nas hipóteses de proibição de se ausentar da Comarca (IV) ou, muito menos, na de fiança (VIII).

Veja-se, por exemplo, que a medida de suspensão de função pública ou de atividade econômica ou financeira, tal a hipótese do art. 319, VI, pode se revelar muito mais útil em determinadas situações que para aquelas nominadas na lei.

Do mesmo modo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e a proibição de manter contato com pessoa determinada nos parecem medidas igualmente pertinentes para a conveniência da investigação ou da instrução, não devendo ser limitadas aos riscos de evitação de reiteração criminosa.

Daí se chegar à conclusão que, *desde que mantida a vinculação da fundamentação* da cautelar às finalidades genéricas de sua concessão (art. 282, I e II, CPP), nada impedirá a aplicação de qualquer uma delas, mesmo quando afastada da definição legal de seu objetivo.

Entendimento contrário, além de conduzir a grave retorno a um arcaico positivismo legalista, em que se vê o legislador como ser onipotente e incapaz de erros ou limitações, poderá justificar o incremento e a preferência pela prisão preventiva, sempre que uma finalidade cautelar não estiver contida na respectiva definição legal.

E é sob tais considerações que julgamos cabível a aplicação do *recolhimento domiciliar* (art. 319, V, CPP) também para evitar a reiteração de condutas delituosas,

ainda que assim não apontado na lei (que, aliás, sequer declina qualquer finalidade).

11.4.1.1 Poder geral de cautela?

Há quem sustente a possibilidade de o juiz criminal, tal como ocorre no cível, socorrer-se do *poder geral de cautela*, para, superando as limitações legislativas, impor medidas e restrições não contidas na legislação.

Em princípio, somos contrários a essa alternativa.

Quando, linhas antes, admitimos a possibilidade da utilização de medidas cautelares legais *para finalidades diversas* daquelas ali contidas, justificamos o posicionamento em dupla fundamentação, a saber: (a) a medida cautelar *estaria prevista em lei*, e (b) *também a finalidade* estaria prevista em lei, ainda que não vinculada aos motivos de sua imposição.

Com isso, o afastamento do princípio da legalidade seria *relativo*, objetivando dar coerência e unidade ao sistema geral das restrições de direitos (cautelares pessoais).

Já a admissão de cautelares *não previstas em lei* pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado, dificultando, sobremaneira, o controle de sua pertinência e oportunidade, ficando em mãos do magistrado de primeiro grau a escolha de providências cujo controle de pertinência e de adequação (além da proporcionalidade) seria muito mais difícil, na medida em que sustentamos o não cabimento de *habeas corpus* contra o deferimento de medida cautelar.

Para além disso, e talvez até por isso, é que, em tema de restrições de direitos individuais, o critério da legalidade garante um controle mais eficaz de sua racionalidade e validade, permitindo, inclusive, a via *direta* da busca do reconhecimento de sua inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade).

No juízo cível, no bojo do qual, em geral, se debatem direitos subjetivos *x* direitos subjetivos, nem sempre a técnica processual legislativa aponta a melhor solução para a proteção do direito, de tal maneira que o próprio legislador autoriza uma margem mais flexível de manobra do julgador.

Insistimos: em matéria penal, salvo situações excepcionalíssimas – que,

efetivamente, poderão ocorrer! – há que se vedar o poder geral de cautela, ressalvadas as hipóteses, presente o requisito da *exceção das exceções* antes mencionada, a medida aplicada apresente caráter menos gravoso aos interessados, caso em que se exigiria a adesão das partes à providência.

11.4.1.2 A fiança e seu cabimento

Por último, e embora se encontre na penúltima posição dentre as várias alternativas à prisão elencadas no art. 319, CPP, a fiança parece ser aquela que reclamará as maiores atenções na *práxis* judiciária. E não só pela indevida manutenção das expressões *liberdade provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança*, a insinuar apenas uma *dualidade* de regimes cautelares. Mas, sobretudo, porque a sua imposição *não é obrigatória*.

No ponto, é bom lembrar que o art. 282, § 1º, CPP dispõe que *as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente*, o que permite concluir não se exigir do juiz a imposição de fiança para todos os casos em que a sua aplicação não seja proibida.

No entanto, é exatamente o fato de se ter vedado a fiança para determinados crimes, por força de *manifesto equívoco* constitucional (crimes de racismo, crimes hediondos, tortura, drogas etc.), sem qualquer contrapartida, ou seja, sem o estabelecimento de medidas cautelares *mais rigorosas para tais crimes*, é que a tendência parece ser no sentido de: (a) se recorrer à fiança, isoladamente, para a generalidade dos delitos, e (b) ao conjunto de outras cautelares, cumulativamente, para os crimes em que seja vedada a fiança.

E que não se assuste o leitor: a previsão de *inafiançabilidade* para os crimes de racismo, tortura, tráfico de drogas, hediondos etc. (art. 5º, XLII, XLIII e XLV Constituição da República) foi, de fato, uma infeliz opção constitucional.

Primeiro, porque, se o objetivo era *impedir* a liberdade provisória daquele que fosse preso e acusado pela prática de tais delitos, a escolha não foi só infeliz, mas *tola;* é o próprio constituinte quem afirma que *ninguém será preso senão por ordem*

escrita e fundamentada da autoridade judicial (ressalvado o flagrante, é óbvio!), o que veda, de modo absoluto, a prisão como decorrência de *ato normativo abstrato* (Lei ou Constituição). As incompatibilidades do texto constitucional em matéria penal e processual penal se resolvem em favor do sistema de garantias individuais! Nem o constituinte é onipotente ou divino!

Segundo, se o objetivo era o estabelecimento de um regime de liberdade *mais gravoso* para os autores de crimes mais graves, não se deveria fazer alusão à inafiançabilidade, cujo sentido, desde o ano de 1977 (Lei nº 6.416), se reporta apenas à proibição de aplicação da liberdade provisória mediante fiança, não impedindo, contudo, a restituição liberdade mediante o comparecimento aos atos do processo, conforme a antiga redação do art. 310, § 1º, CPP.

A matéria se acomoda, bem e melhor, à conformação legislativa, segundo as necessidades de cada momento histórico.

Por tais razões, a fiança merecerá exame específico e detalhado, por ocasião da abordagem acerca da liberdade provisória, mais adiante.

Por ora, adiantamos: a imposição de fiança há que ser reservada *as hipóteses de prisão em flagrante*. Não, por força da tradição de nosso direito, mas diante da gravidade de suas consequências. Veja-se bem: não se sustenta aqui a impossibilidade de sua imposição *fora do flagrante*, mas a sua eventual *inadequação*. Como alternativa a uma prisão preventiva que *esteja em condições* (adequação e proporção) de ser decretada, a fiança seria perfeitamente válida.

11.4.2 Procedimento das cautelares

Já vimos as modalidades cautelares *em espécie* e as regras gerais das respectivas imposições.

Assentamos também não existir em nosso direito processual penal *um processo cautelar*, preparatório do principal, tal como ocorre no processo civil. Não há, com efeito, uma fase processual cautelar, com os requisitos genéricos de todo processo (demanda, partes, petição inicial, contraditório diferido etc.).

Aqui, no Brasil, a fase de investigação tem *natureza administrativa* e admite inúmeras providências de natureza cautelar, muitas das quais dependentes de autorização judicial, mas, ainda assim, não vinculadas a um *processo*, rigorosamente falando.

Por isso, e somente por isso, as cautelares que dependem de ordem judicial podem ser objeto de *representação* da autoridade policial, nos termos em se acha disposto o art. 282, § 2º, CPP, sem que se possa falar em ausência de *capacidade postulatória*. Se não é de *postular* a capacidade da autoridade policial, reservada às partes *no processo*, certamente o é a de *representar* no curso de procedimento administrativo, cuja consequência, ao fim e ao cabo, na fase de investigação, é a mesma.

"Art. 282. [...]
§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso de investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público."

Como se vê, podem elas ser pleiteadas tanto na fase de investigação quanto na fase de processo.

A modificação do dispositivo realizada pela Lei 13.964/19 operou quase uma *reviravolta* no papel exercido pelo juiz ao longo do processo, uma vez que a imposição de cautelares diversas da prisão (e também *a própria decretação da prisão preventiva*, nos termos da nova redação do art. 312) dependerá sempre de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial. Na fase de investigação a regra sempre foi essa, mas no *processo*, contudo, o magistrado podia fazê-lo de ofício, sem provocação do *parquet*. Entretanto, a norma atual passou a vedar a possibilidade de o juiz decretar autonomamente a prisão preventiva de ofício, inclusive no bojo de ação penal.

Trata-se de uma opção legislativa, sem dúvida, cuja constitucionalidade não se pode questionar. Ainda assim, cremos que não se afigura como a melhor solução, na medida em que há situações (sempre excepcionais, é verdade) nas quais a imposição *de ofício* de medidas cautelares (inclusive da preventiva) é essencial exatamente para a garantia e preservação dos postulados do art. 312 do CPP (desde que presente a

devida fundamentação). Em nossa compreensão, a previsão então existente não colidia com o sistema acusatório, sendo que a novel limitação poderá causar situações de desiquilíbrio quando necessária a imposição de medida cautelar urgente sem que se tenha, de pronto, um possível e prévio requerimento das partes (Ministério Público ou querelante, conforme o caso).

Ademais, não há como negar que o juiz deve *velar* pelo regular andamento do processo, incluindo *a aplicação da lei penal* – que, como se sabe, é um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. Também a garantia da ordem pública nos parecia um fundamento suficiente para autorizar, em situações excepcionais, que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício.

No entanto, como à prisão em flagrante se seguirá a audiência de custódia, sob pena de relaxamento da prisão, o Ministério Público sempre estará presente ao ato e deverá se manifestar sobre a decretação ou não da preventiva.

Da mesma forma, também é permitido que o juiz – de ofício (!) – em desaparecendo os motivos da decretação, *revogue* a preventiva (ou as medidas cautelares impostas) ou *substitua-a* por outra cautelar menos gravosa, segundo a lógica do art. 282, § 5º, do CPP. Curiosamente, é permitido que o magistrado *volte a decretar de ofício* a custódia preventiva (ou volte a impor medidas cautelares), se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316 e art. 282, § 5º).

Seria possível falar então em *contradição* entre o § 2º do art. 282 (que veda a imposição autônoma de prisão preventiva de ofício pelo juiz) e a nova redação do art. 316 (*"O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem"*)?

Cremos que não.

Sendo preventiva *autônoma*, não poderá o juiz decretá-la de ofício, mas não se pode olvidar que sempre será possível a ele revisar sua decisão ou também impor medidas cautelares menos gravosas (art. 321 c/c § 6º do art. 282, ambos do CPP).

Então a situação prevista na *primeira* parte do art. 316 do CPP precisa ser adequada a duas premissas: ou a cautelar foi decretada a partir de requerimento de prisão ou então como decorrência da prisão em flagrante (hipótese em que, insista-se, poderia agir de ofício). No caso de entender não mais presentes os pressupostos da preventiva, *deve* (e não apenas *pode*) fazer prevalecer a liberdade (com ou sem medidas cautelares).

O que prevê a *segunda* parte do art. 316 do CPP é que o juiz poderia *novamente* decretar a preventiva se sobrevierem razões que a justifiquem. Em nossa compreensão (*tal como na hipótese de flagrante*), nenhum impedimento existirá para que essa *nova decretação* (portanto, não é uma ordem *originária* de prisão) seja realizada de ofício, na medida em que o próprio juízo verificou, ulteriormente, que as cautelares menos gravosas (ou até a liberdade sem cautelar alguma) não se revelaram como suficientes em face do que dispõe o art. 312 do CPP. O que se exige, na hipótese, é ordem de prisão *anterior* (decretada a requerimento ou a partir da conversão de prisão em flagrante), uma vez que o mero descumprimento de cautelar não autoriza que o juiz decrete a preventiva de ofício (art. 282, § 4º).

As medidas cautelares são *autônomas*, como regra, não dependendo de anterior prisão em flagrante para a sua imposição, embora possam também ser aplicadas como *substitutivas* dessa, quando não for cabível a prisão preventiva (art. 321, CPP).

Podem ser aplicadas *isolada* (uma única) *ou cumulativamente* (duas ou mais), nos exatos termos do art. 282, § 1º, CPP.

O parâmetro para a *cumulação* de medidas é dado pela *necessidade e adequação*, conforme tantas vezes aqui apontado. Outro referencial seria a *natureza* ou a *modalidade* das cautelares, na perspectiva de sua compatibilidade.

Assim, a imposição de fiança, por exemplo, dispensa o recurso ao monitoramento eletrônico, que, a seu turno, nos parece mais adequado ao *recolhimento domiciliar* e à proibição de acesso ou frequência de determinados lugares, embora, em relação a essa última cautelar, a execução cumulativa do monitoramento dependerá do grau de tecnologia a ser empregado.

Se imposto o comparecimento periódico e obrigatório, na forma do art. 319, I, não deverá ser imposta a fiança, que já prevê o comparecimento a todos os atos do processo e a obrigação de comunicação de eventual mudança de endereço, além da exigência de indicação do local onde será encontrado, quando do afastamento de sua residência por período superior a oito dias (art. 327, e art. 328, CPP). E vice-versa, é claro.

A fiança, em princípio, e feitas as ponderações acerca de eventual superposição de obrigações cautelares (comparecimento periódico e obrigatório, por exemplo), se mostra compatível com a maioria das cautelares, à exceção do monitoramento eletrônico e da internação provisória (art. 319, VII e IX), desde que o acusado ou investigado tenha condições econômicas para suportar a medida. Renove-se a observação que fizemos no item 11.4.1.2, linhas antes.

A legitimação ativa para o requerimento das cautelares cabe, segundo a lei:

I – na fase de investigação:
a) ao Ministério Público;
b) à autoridade policial.
e II – na fase de processo:
a) ao Ministério Público e ao querelante;
b) ao assistente habilitado;

Note-se que não se abriu à vítima a capacidade para a representação de providência cautelar na fase de investigação, o que não parece adequado e ajustado às hipóteses específicas de *ação penal privada*, que depende do ofendido até mesmo para que se instaure o inquérito policial. Por isso, em face do sistema de persecução penal privada no Brasil, parece-nos irrecusável a legitimidade do ofendido para o requerimento de providências cautelares na fase de investigação.

Já em relação à prisão preventiva, incluiu-se o assistente de acusação como legitimado para requerer a providência na fase de investigação (art. 311, CPP). Ora, há evidente incorreção técnica no dispositivo, ao ali se referir ao assistente, já que este somente ingressa nos autos *após o oferecimento de denúncia* (art. 268, CPP), ou seja, na fase de processo.

Já na fase de processo (instaurada a ação penal), caberá às partes (querelante, na ação privada e o MP, nas públicas) e ao assistente a iniciativa.

Do mesmo modo, a medida imposta poderá ser substituída por outra, mais gravosa e adequada, no caso de seu descumprimento, incluindo, em último caso, a prisão preventiva. E essa substituição poderá ser feita na investigação ou no processo, podendo ser requerida pelo Ministério Público, pela autoridade policial (na investigação, é claro), pelo assistente ou pelo querelante (art. 282, § 4º).

E também poderá ocorrer o contrário: a substituição de medida mais gravosa por outra de menor impacto no cotidiano do investigado/acusado e/ou menos onerosa, o que pode ser feito inclusive *de ofício* pelo magistrado (art. 316).

Cabe consignar, no particular, que a expressão *em último caso*, relativa à decretação da preventiva, em substituição a outra cautelar imposta e descumprida, não significa dever o juiz aplicar *todas as cautelares possíveis* antes de se recorrer a ela. Significa apenas que a preferência deve ser sempre pelo agravamento das medidas cautelares diversas da prisão. A lógica da ordem atual é a evitação do cárcere, sempre que possível. A escolha na substituição de uma cautelar por outra, e mesmo pela preventiva, dependerá de cada caso concreto, quando se examinará o tipo de cautelar descumprida e a necessidade e adequação de outra (condições pessoais do agente, gravidade do crime e suas circunstâncias – art. 282, II).

E tal como ocorre com a prisão preventiva, art. 316, CPP, também as medidas cautelares se submetem à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, terão sua permanência condicionada às circunstâncias em que tenham sido impostas, podendo o juiz, independentemente de provocação das partes, *revogá-las, substituí-las*, bem como voltar a *decretá-las* se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 282, § 5º, CPP).

Observe-se, então, que a prisão preventiva não só substitui outra cautelar, mas pode também ser substituída por uma delas, quando estas se mostrarem adequadas e suficientes (art. 282, § 5º, CPP).

Há, ainda, outra importante alteração em tema de cautelares pessoais.

Cuida-se da possibilidade de instauração do contraditório *antes* da decisão

judicial impositiva da medida cautelar.

Naturalmente, apenas o exame de caso concreto poderá demonstrar o eventual risco à efetividade da providência pelo fato da abertura do contraditório.

No entanto, pode-se adiantar que a maioria das medidas cautelares nos parece adequada à aludida situação, não justificando maiores receios quanto à perda de efetividade pela discussão prévia da matéria antes da sua apreciação judicial. E isso, sobretudo, pela possibilidade, sempre presente, da decretação da preventiva no caso de eventual descumprimento da medida (cautelar) imposta.

Parece ser esse o caso do inciso I (comparecimento periódico em juízo), do inciso II (proibição de frequência determinados locais), do inciso IV (proibição de ausência da comarca), do inciso V (recolhimento domiciliar), do inciso IX (monitoramento eletrônico) e do inciso VIII (a fiança).

Como se vê, a regra poderá ser a do contraditório nas medidas cautelares.

Mas certamente haverá exceções. E é o caso evidente da prisão preventiva.

Com efeito, e esclarecida ainda mais na Lei nº 12.403/11, a excepcionalidade de tal modalidade de medida cautelar, apenas quando a preventiva se comprovar *indispensável* é que a ela se recorrerá. Em consequência, a comprovação no caso concreto de seus requisitos legais (fáticos e normativos) implicará a necessidade da imediata imposição da medida, *inaudita altera pars*, isto é, sem a ciência e participação da defesa (parte).

E mais. Revendo nossa posição, especificamente em relação a este item, pensamos que se poderá ouvir a defesa acerca da necessidade da prisão, se e quando se tratar da hipótese de prisão em flagrante, art. 310, II, CPP, caso em que a audição da defesa não criará risco à medida. Não havendo flagrante, somos de parecer incabível o contraditório nas preventivas, mesmo quando substitutivas de cautelares diversas dela (prisão).

É dizer: nas hipóteses em que houver que se decretar uma medida cautelar sob o fundamento de risco à investigação e/ou à instrução, de receio quanto à destruição de elementos de prova ou, de qualquer modo, de perturbação e obstrução das aludidas

fases (de investigação ou de processo), deve-se evitar a instauração do contraditório prévio, sob pena de risco à eficácia da cautelar.

Assim, se, por exemplo, a proibição de frequentar determinado local estiver relacionada com o fundado receio de prejuízo à instrução, decorrente de eventual acesso ao material incriminatório, há que se decretar a medida sem a *manifestação prévia* da defesa.

Certamente, estamos a nos referir aos casos em que ainda não se tiver elementos necessários para a autorização judicial de *busca e apreensão domiciliar*. Se já existirem ou forem suficientes as razões para a quebra da inviolabilidade domiciliar, não se deverá decretar a citada medida cautelar pessoal (a proibição de frequência a determinado lugar), e sim aquela de natureza probatória (a busca e apreensão).

Aliás, cumpre pontuar: as medidas cautelares *probatórias*, tal o caso da quebra das inviolabilidades pessoais constitucionais (domicílio, sigilo telefônico, bancário, fiscal, de dados etc. – art. 5º, X, XI e XII, CF), têm *preferência* sobre essas que estamos a ver, de natureza *estritamente pessoal*. Preferência do ponto de vista de sua *decretação*, na medida em que se revelem necessárias e suficientes para a investigação ou para a instrução criminal. Todas elas, cautelares, implicam restrições de direitos, umas mais outras menos graves, mas, todas, seguramente, devem vir justificadas judicialmente, segundo as necessidades apontadas na Constituição e na Lei.

Haveria um prazo máximo de duração das cautelares?

A Lei nº 12.403/11, como se percebe, nada dispôs nesse sentido. Aliás, também se omitiu em relação ao prazo máximo de duração das prisões provisórias, o que nos parece de todo lamentável.

Assim, a durabilidade de uma medida cautelar estará condicionada apenas à sua necessidade, podendo permanecer no tempo *enquanto durar o processo*, desde que, evidentemente, repita-se, se mantenham presentes os requisitos do art. 282, I e II, do CPP.

No particular, há que se mencionar o quanto contido no art. 387, § 1º, e no art. 413,

§ 3º, ambos do CPP, a permitirem a *manutenção* e, se for o caso, a *decretação* de medidas cautelares por ocasião da sentença penal condenatória e da decisão de pronúncia, no procedimento do Tribunal do Júri. Assim, nada há que impeça, do ponto de vista legal, a permanência das cautelares em todo o curso do processo.

Os limites temporais, portanto, deverão ser encontrados segundo as finalidades declaradas das cautelares. Aquelas que tenham sido impostas por conveniência da investigação ou da instrução, por exemplo, devem se encerrar ali, após o esgotamento das aludidas fases.

Somente as demais, para garantir a aplicação da lei penal e para evitar a prática de infrações penais (parte final do art. 282, I, CPP) é que, em tese, poderão permanecer após a sentença condenatória e/ou a decisão de pronúncia (no júri).

Outra novidade bem-vinda trazida pela Lei 13.964/19: se antes havia a obrigação de o juiz fundamentar a manutenção da prisão cautelar quando da prolação da sentença condenatória (art. 387, § 1º, CPP) e também quando da decisão de pronúncia (art. 413, § 3º, CPP), agora criou-se mais uma hipótese de reavaliação dos pressupostos da preventiva. Conforme o parágrafo único do art. 316 do CPP, uma vez ordenada a prisão preventiva, o próprio órgão emissor da prisão deverá, *a cada 90 dias*, avaliar, fundamentadamente, se é necessária a manutenção da prisão, sob pena dela se tornar ilegal. Compreendemos que essa fundamentação não precisa ser exaustiva e detalhada com base em *novos fatos*, mas é essencial serem declinados, pelo menos, os fundamentos que justifiquem a continuidade da medida cautelar imposta.

A nosso aviso, e embora não haja previsão expressa na Lei, pensamos que o Relator de eventual recurso no Tribunal poderia analisar a necessidade ou a desnecessidade de se manter uma cautelar, ou mesmo substituí-la, após a prolação da sentença condenatória, a fim de melhor tutelar as garantias individuais no processo, quando sobrevierem situações e circunstâncias que exijam a revisão da matéria.

No caso de sentença absolutória, deverá o juiz revogar toda medida cautelar imposta (art. 386, parágrafo único, II, CPP).

Pelas mesmas razões, quaisquer decisões judiciais que ponham termo ao processo

(rejeição da peça acusatória, absolvição sumária, extinção da punibilidade) *sem a condenação do acusado* terão como efeito a cessação imediata das cautelares eventualmente impostas.

Tratando-se de medida imposta na fase de investigação, a decisão de arquivamento do inquérito produzirá o mesmo efeito.

E, por fim, caberia recurso da decisão que defere e que indefere a medida cautelar?

A nosso juízo, sim, e com fundamento no disposto no art. 581, V, CPP, a prever o recurso em sentido estrito, ainda que ali não se encontre uma referência específica às diversas medidas cautelares ora introduzidas em nosso ordenamento. Mas basta ver e assinalar que a previsão de impugnação da decisão de concessão de liberdade provisória, como fundamento do recurso em sentido estrito, satisfaz as exigências recursais também para as demais cautelares.

Certamente se tentará a impetração de *habeas corpus* contra a imposição de medidas cautelares, ao fundamento de risco *mediato* à liberdade de locomoção, dado que, uma vez descumprida aquela (cautelar), será possível a preventiva. O STF ora aceita tal possibilidade (HC 121.089/AP, noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 772), ora rejeita-a (HC 114.490, RHC 118.015).

Não aderimos à tese, exceto em relação à medida prevista no art. 319, V, a do *recolhimento domiciliar* (noturno e nos dias de folga).

A imposição da cautelar pode até se demonstrar equivocada. Por isso e para isso será cabível o recurso em sentido estrito.

O fato é que, no exemplo dado, o risco de decretação da preventiva *dependerá unicamente* do investigado ou do acusado submetido à cautelar, estando vinculada, portanto, ao cumprimento da medida a ele imposta. Não há, aqui, e em tese, *risco* de agravamento da situação do investigado/acusado *por ato de órgãos do Estado*.

Apenas em relação ao *recolhimento domiciliar* é que entendemos cabível a impetração do HC, diante da natureza extremamente restritiva da liberdade que se contém na medida.

No entanto, como nossos tribunais já aceitam a impetração de *habeas corpus* contra o simples recebimento da denúncia, não temos qualquer dúvida de que o instrumento terá acolhida na jurisprudência (como já se vê atualmente). Há que observar, no ponto, porém, que o *habeas* contra o recebimento de denúncia tem prosperado *pela inexistência de previsão de recurso contra tal decisão*, o que não é o caso do *deferimento* de medidas cautelares, para a qual caberá o recurso em sentido estrito.

O problema, para nós, sequer é a possibilidade da utilização do *habeas*, que até pode existir, enquanto instrumento processual e constitucional de proteção individual. No entanto, o que nos parece injustificado, *exclusivamente no caso de réu solto*, é a *preferência no seu julgamento*. A situação atual nos Tribunais, sobretudo os Superiores, indica que as matérias constantes dos inúmeros e infindáveis *habeas corpus* que são ali impetrados rotineiramente são *as mesmas* dos inúmeros recursos de apelação que também deságuam nas instâncias recursais (inépcia da inicial, *error in procedendo*, nulidades várias etc.). Por que então se dar preferência àqueles que impetraram o *habeas*, quando não há ninguém preso???

Por último, anote-se que a Lei nº 12.714/12, com vigência prevista para o mês de setembro de 2013, prevê a informatização de dados relativos à execução da pena, às prisões cautelares e às medidas de segurança, estabelecendo procedimentos de controle e de fiscalização das medidas, dentre as quais avulta a comunicação automática, via eletrônica, ao juiz, ao Ministério Público e ao defensor (art. 4º, § 1º) acerca da conclusão do inquérito, do oferecimento da denúncia e de incidentes da execução penal (ver art. 4º, I).

11.5 A prisão em flagrante

11.5.1 Considerações gerais

Embora por flagrante se deva entender a relação de imediatidade entre o fato ou evento e sua captação ou conhecimento pelo homem, o art. 302 contempla também

situações em que não é mais possível falar-se em ardência, crepitação ou flagrância, expressões normalmente utilizadas na doutrina a partir da expressão latina *flagrare*.

Bem examinadas as coisas, veremos que apenas a situação mencionada no art. 302, I, do CPP se prestaria a caracterizar uma situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso. Ali se afirma a existência da prisão em flagrante quando alguém está cometendo a infração penal (art. 302, I).

Mas o mencionado art. 302 prevê também como situação de flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal (inciso II), em que, embora já desaparecida a ardência e crepitação, podem-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso, bem como de sua autoria.

Ambas as situações são tratadas como hipóteses de flagrante delito, reservando-se-lhes a doutrina a classificação de flagrante *próprio*.

Os demais casos de prisão em flagrante vêm arrolados nos incisos III e IV do mesmo art. 302, em redação que reputamos das mais infelizes, quando não desnecessária.

A hipótese do art. 302, III, chamada pela doutrina de flagrante *impróprio ou quase-fla-grante* (expressão quase incompreensível), cuida do caso em que alguém "*é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração*".

O que deve ser decisivo aqui é a imediatidade da perseguição (cuja definição ainda veremos, adiante), para o fim de caracterizar a situação de flagrante. A perseguição, como ocorre em qualquer flagrante, pode ser feita por qualquer pessoa do povo (art. 301, CPP) e deve ser iniciada logo após o cometimento do fato, ainda que o perseguidor não o tenha efetivamente presenciado. Não há um critério legal objetivo para definir o que seja o *logo após* mencionado no art. 302, devendo a questão ser examinada sempre a partir do caso concreto, pelo sopesamento das circunstâncias do crime, das informações acerca da fuga e da presteza da diligência persecutória.

Sobre a expressão "*situação que faça presumir ser ele o autor da infração*",

somente os dados da experiência do que ordinariamente acontece em relação às infrações penais daquela natureza (do caso concreto) é que poderão fornecer material hermenêutico para a aplicação da norma. Aqui, todo o cuidado é pouco, porque o que se tem por presente não é a visibilidade do fato, mas apenas da fuga, o que dificulta, e muito, as coisas, diante das inúmeras razões que podem justificar o afastamento suspeitoso de quem se achar em posição de ser identificado como autor do fato.

A última modalidade de prisão em flagrante é conhecida como flagrante *presumido*, a qual poderia perfeitamente estar incluída no flagrante impróprio, até mesmo porque fundado, tal como aquele, em verdadeira presunção.

Diz o art. 302, IV, que se considera em flagrante delito quem "*é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração*".

Ora, veja-se bem: estar na posse (ou detenção) de "*instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração*" é exatamente o mesmo que dizer "*em situação que faça presumir ser ele o autor da infração*", conforme a regra do flagrante impróprio (art. 302, III). Enquanto no primeiro caso se declina uma situação específica, no segundo se faz referência a uma situação genérica, que, por isso mesmo, abrange as demais.

De outro lado, o logo *depois* (do inciso IV) não pode ser diferente do logo *após* (do inciso III), significando ambos a relação de imediatidade entre o início da perseguição, no flagrante impróprio, e o encontro com o acusado, no flagrante presumido. A diferença residiria, assim, no fato de que em um (impróprio) haveria perseguição, e, no outro (presumido), o que ocorreria é o encontro.

Curiosíssima distinção.

A regra da experiência nos indica que, para que haja encontro do acusado, deve haver a anterior perseguição. Do contrário (e é como parece ser), a lei estaria se referindo ao encontro casual, fortuito, entre o aprisionado e a autoridade policial ou qualquer pessoa do povo, uma vez que, tratando-se de flagrante, toda pessoa está autorizada a realizar a prisão. Assim, desde que o encontro ocorresse logo depois da prática do crime, tanto bastaria para estar caracterizada a situação de flagrante (um

exemplo seria a *blitz* policial).

Parece-nos, contudo, que bastaria a inclusão da expressão é encontrado também na definição do flagrante impróprio, para que ambas as situações estivessem devidamente reguladas. Assim, estaria em flagrante delito quem fosse perseguido ou encontrado, logo após, em situação da qual se pudesse presumir ser ele o autor da infração.

Seja como for, quer se trate de flagrante próprio, quer de flagrante impróprio ou de flagrante presumido, a consequência jurídica será sempre a mesma: o recolhimento à prisão, cujos efeitos veremos mais adiante, comunicando-se *imediatamente* o juiz competente, o Ministério Público e a família do preso ou pessoa por ele indicada (art. 306, CPP). Prevê, ainda, o art. 289-A, § 4º, a comunicação imediata da Defensoria Pública, se o aprisionado não indicar advogado no ato da autuação. A medida justifica-se plenamente, para que a defesa pode ser exercida desde logo. Em até 24 horas após a realização do flagrante, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante.

11.5.2 Flagrante esperado e flagrante preparado (provocado)

Além dos casos expressamente previstos no Código de Processo Penal, podem-se apontar outras modalidades de prisão em flagrante, em razão da presença, em cada uma delas, de elementos ou circunstâncias não contempladas naquelas.

Quando a situação de flagrante sofrer a intervenção de terceiros, antes da prática do cri-me, é que se poderá falar na existência de um flagrante *esperado* e de um flagrante *provocado*, também denominado flagrante *preparado*.

A principal diferença entre ambos, segundo se verifica na doutrina e ainda na jurisprudência, é que a primeira situação, a do flagrante esperado, é considerada plenamente válida, enquanto a segunda, do flagrante preparado (ou provocado), não.

A rejeição ao flagrante dito preparado ocorre geralmente por dupla fundamentação, a saber: a primeira, porque haveria, na hipótese, a intervenção decisiva de um terceiro a preparar ou a provocar a prática da ação criminosa e,

assim, do próprio flagrante; a segunda, porque dessa preparação, por parte das autoridades e agentes policiais, resultaria uma situação de impossibilidade de consumação da infração de tal maneira que a hipótese se aproximaria do conhecido crime impossível.

Vejamos cada um desses argumentos.

Normalmente, o exemplo apresentado para fins de caracterização do flagrante preparado ou provocado parte da suspeita existente acerca da autoria de delitos anteriores, de tal maneira que um terceiro, denominado *agente provocador*, atuaria com a finalidade específica de proporcionar uma situação de realidade na qual o suspeito se veria compelido a repetir (já que ele é o suspeito) a infração. No momento em que ele assim atuasse, a polícia, já previamente colocada em posição estratégica, efetuaria a prisão em flagrante delito.

Vamos ao exemplo clássico: um empregador, suspeitando da subtração continuada de dinheiro de sua empresa, aciona a polícia e, junto com essa, prepara uma situação na qual seria facilitada a subtração, ao mesmo tempo em que seria impossibilitada a sua consumação, pela ação policial, ali já de prontidão. Chega-se a afirmar que o agente, em tal situação, seria o ator não ciente (ou inconsciente) de uma comédia, dado que o crime não poderia se realizar, em função da atuação da polícia.

Semelhante entendimento veio a ser sumulado na Suprema Corte (Súmula 145), que tem os seguintes termos: "*Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*".

O outro argumento, o da atuação dolosa de terceiro, a influir no ânimo do agente, busca a invalidação do flagrante exatamente em função da atuação do chamado agente provocador. Essa, a provocação do autor a praticar o delito, seria suficiente para afastar a existência do crime e o respectivo flagrante, por força do viciamento premeditado da vontade do agente.

De nossa parte, não vemos como acompanhar qualquer um dos dois argumentos.

O segundo deles, o da vontade viciada pela provocação à prática do delito, parece-nos, de longe, o mais inconsistente.

Ora, basta ver que o Direito Penal brasileiro prevê pelo menos uma modalidade de participação dolosa em crime, na qual a conduta do partícipe é precisamente no sentido de provocar a atuação do agente (autor). E não há a menor dúvida de que, pelo nosso Direito, ambos (tanto o partícipe quanto o autor) são punidos, na medida de sua culpabilidade (art. 29, CP).

Com efeito, na participação por determinação (art. 31, CP), a ideia do crime nem sequer existia na mente do autor, mas, por obra e graça da ação provocadora do partícipe, a vontade é gerada e o crime, praticado. Solução: punição do autor e do partícipe.

Ora, se assim é, não vemos como afastar a responsabilidade penal do autor que age por provocação de terceiro, pelo menos sob o argumento da influência no ânimo e contaminação da vontade do agente. Como vimos, na participação por determinação há, inegavelmente, a mencionada intervenção (influência no ânimo) e a presença de suas consequências (vício ou contaminação da vontade), revelando-se, porém, insuficientes para afastar a responsabilidade penal do autor.

Voltemos os olhos agora para o argumento da impossibilidade de consumação do crime.

Observa-se, primeiro, que não é inteiramente correto falar-se em crime impossível, porquanto, pelo menos em tese, será sempre possível a fuga. Tanto é que o STJ editou um novo Enunciado, de sua Súmula nº 567, no qual se afasta a configuração da figura do crime impossível mesmo quando há sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico em estabelecimento comercial. E, no ponto, convenhamos: elaborar uma construção teórica fundada na eventualidade de cada caso concreto (se houver fuga, é crime; se não houver, não é) parece-nos demasiadamente inconsistente e arriscado. Para que pudéssemos falar em impossibilidade, teríamos de nos referir à impossibilidade absoluta do meio (a ação criminosa), na qual não houvesse nenhuma possibilidade de fuga do autor, o que não nos parece correto nem adequado fixar para toda e qualquer hipótese de preparação do flagrante.

Mas a crítica mais contundente que se pode fazer em relação ao apontado argumento nem é essa.

É necessário, antes, para a sua compreensão adequada, referirmo-nos ao denominado flagrante *esperado*, cuja validade é por todos aceita, sem restrições significativas.

No flagrante esperado, não há intervenção de terceiros na prática do crime, mas informação de sua existência. Ocorreria, por exemplo, quando alguém, que por qualquer motivo tivesse conhecimento da prática futura de um crime, transmitisse tal informação às autoridades policiais, que então se deslocariam para o local da infração, postando-se de prontidão para evitar a sua consumação ou o seu exaurimento. Nesse caso, a ação policial seria de *espera*, e não de *provocação*, donde a diferença de ser esse um flagrante válido, ao contrário daquel'outro.

Note-se, porém, que ambas as situações podem estar tratando de uma única e mesma realidade: a ação policial suficiente a impedir a consumação do crime (ou o seu exaurimento), tudo dependendo de cada caso concreto. Não nos parece possível, com efeito, fixar qualquer diferença entre a preparação e a espera do flagrante, no que se refere à impossibilidade de consumação do crime, fundada na ideia da eficiente atuação policial. Em ambos os casos, como visto, seria possível, em tese, tornar impossível, na mesma medida, a ação delituosa em curso. Por que então a validade de um (esperado) e invalidade de outro (o preparado)?

Mas que fique repetidamente registrado: jurisprudência e doutrina permanecem alheias a essas questões, reproduzindo o antigo entendimento.

A inconsistência dessa tese, em face de nossa realidade e do uso cada vez mais frequente de recursos materiais de alta tecnologia, vem sendo posta a descoberto em inúmeras e repetidas reportagens televisivas, nas quais o repórter, geralmente acompanhado de um agente policial, se faz passar por um interessado na aquisição de determinado serviço (falsificação de carteira nacional de habilitação, por exemplo) e, no momento em que o negócio é fechado, com o pagamento do preço e a entrega da mercadoria, realiza-se a prisão em flagrante.

O curioso é que os tribunais não estão rejeitando essas prisões, reconhecendo a validade do flagrante, embora na fundamentação de suas decisões ainda se perceba uma enorme hesitação quanto a se tratar de hipótese de flagrante preparado.

Não temos qualquer dúvida em afirmar que é exatamente de flagrante preparado que estamos falando, pois, como se vê no exemplo dado, a ação criminosa somente se desenvolveu a partir da atuação do terceiro provocador, bem como seria provavelmente impossível o exaurimento do crime – potencialidade lesiva do documento e proveito econômico resultante de sua feitura.

E não se alegue que, por se tratar de crime praticado com habitualidade, novas ações seriam ali realizadas, independentemente da atuação do agente provocador. Ora, ainda que assim fosse, como saber que, no exemplo do flagrante preparado na empresa, o empregado e/ou suspeito também não cometeria novamente o crime, permitindo a sua prisão sem o auxílio de qualquer intervenção?

Outro exemplo: na hipótese de *oferecimento* e aceitação de propina por parte de servidor público para a não aplicação de multa (policial rodoviário, por exemplo), não parece possível recusar a intervenção de terceiros para a prática do ato. E, no entanto, nossa jurisprudência não hesita em punir o comportamento do agente. Tratar-se-ia de flagrante *esperado?*

De tudo quanto se disse, pode-se chegar a algumas conclusões.

A primeira delas seria de que não existe real diferença entre o flagrante preparado e o flagrante esperado, no que respeita à eficiência da atuação policial para o fim de impedir a consumação do delito. Duzentos policiais postados para impedir um crime provocado por terceiro (o agente provocador) têm a mesma eficácia ou eficiência que outros duzentos policiais igualmente postados para impedir a prática de um crime esperado. Assim, de duas, uma: ou se aceita ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece mais acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na respectiva fundamentação.

Além disso, a ação do agente provocador tem a mesma natureza e consequência da participação por determinação, dado que em ambos os casos a ideia criminosa e sua execução repousam na intervenção do terceiro (partícipe ou provocador), devendo ambos responder pelo crime, tentado (quando impedida a consumação) ou não exaurido (em razão da atuação policial). É como se observa na doutrina de Zafaroni e Pierangeli (*Manual de direito penal brasileiro*, 1997, p. 697).

Há ainda algumas situações diferentes das que analisamos até agora e que poderão gerar consequências igualmente diversas.

A primeira é a do flagrante *forjado*, em que não existe qualquer situação de flagrante nem a prática de qualquer infração, ao menos no momento em que se pretende vê-lo realizado. Ocorre, em regra, diante de suposta criminalidade habitual, quando os agentes policiais plantam, isto é, forjam, a prova de um crime atual para incriminar determinada pessoa. Evidentemente, a única consequência jurídica que se pode extrair de semelhante manobra é a punição de seus idealizadores e executores, por manifesta violação do direito.

A segunda hipótese, e arriscaríamos dizer que talvez tenha sido ela a situação imaginada para a elaboração da doutrina da impossibilidade de consumação do fato, seria quase idêntica àquelas exemplificadas como de flagrante provocado, mas com uma relevante distinção: a preparação do flagrante não partiria da existência de crimes anteriores nem da suspeita da respectiva autoria. Aqui, a preparação do flagrante teria por destinatário pessoa previamente escolhida pelo agente provocador, com a única intenção de imputar a ela as graves consequências que resultam da responsabilidade penal, mediante a criação (ou preparação) de situação extremamente favorável à prática do ilícito. A armadilha seria acompanhada de promessas convincentes quanto à impunidade, pela impossibilidade de apuração do fato, diante do auxílio oferecido pelo aludido agente (provocador). Algo como o ditado popular segundo o qual *a ocasião faz o ladrão*.

Nessa hipótese, em que a polícia é informada previamente pelo provocador, poderá haver um misto de flagrante esperado e de flagrante preparado, segundo a maior ou menor participação dos agentes policiais.

Pensamos, porém, que a solução do caso deve ser encontrada no Direito Penal. Do ponto de vista do processo, a situação é efetivamente de flagrante delito, valendo aqui todas as observações que fizemos acerca do flagrante preparado e do flagrante esperado. Mas, no âmbito da afirmação da existência da ação delituosa, muito haveria a ser discutido, no que respeita, particularmente, à definição da culpabilidade do executor e também do agente provocador.

É óbvio, e não desconhecemos isso, que a exclusão do crime importará a contaminação do flagrante, já que somente se poderá prender alguém quando este efetivamente praticar um crime. Todavia, na prática, em muitas ocasiões, a exclusão do crime, sobretudo ao exame da ausência de culpabilidade, somente ocorrerá após a instrução criminal, daí por que, em tais situações, não se poderá arguir a nulidade, desde logo, da prisão em flagrante.

11.5.3 Flagrante diferido (controlado)

A Lei nº 12.850/13, que, no ponto, revogou a antiga Lei nº 9.045/95, prevê uma espécie diferente de flagrante em relação às ações praticadas por meio de organizações criminosas. Trata-se da chamada *ação controlada*.

Diante da complexidade que acompanha as ações criminosas praticadas por grupos organizados, a lei prevê a possibilidade de retardamento da ação policial, para observação e acompanhamento das condutas tidas como integrantes de ações organizadas. Em tal situação, a ação policial, ou seja, a prisão em flagrante, será diferida, isto é, adiada, para que a medida final se concretize no momento mais eficaz, do ponto de vista da formação da prova e fornecimento de informações (art. 8º).

Compreende-se a preocupação do legislador, sobretudo no que respeita à chamada macrocriminalidade, na qual, em regra, os agentes se utilizam de meios e técnicas mais sofisticadas para as respectivas ações.

Na mesma linha, a Lei nº 11.343, de agosto de 2006, a Lei de Tóxicos, prevê a possibilidade de infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes (art. 53, I), e, também, a não atuação policial sobre os 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 (art. 53, II). Ambas as diligências dependem de ordem judicial, com prévia oitiva do Ministério Público, exigindo-se, ainda, para o flagrante diferido, sejam conhecidos o itinerário provável e

a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Para uma visão mais ampla de tais questões, consulte-se o item 14.7.8, no qual se analisa a possibilidade de aplicação dos procedimentos previstos na Lei nº 12.850/13, relativamente aos crimes praticados por meio de organizações criminosas, incluindo a ação controlada.

Mais recentemente, a Lei nº 13.441/17 introduziu nova modalidade de infiltração policial *na internet*, quando se tratar de crimes de natureza sexual envolvendo menores de idade. A criminalidade tradicionalmente acompanha as conquistas da modernidade, cabendo à legislação dispor sobre métodos inovadores para combatê-la. No caso, há de se aplaudir a minúcia com que o legislador enfrentou a (real) possibilidade de abusos no procedimento, e até mesmo da contaminação de todo o material probatório por conta de eventual flagrante preparado – que, a toda evidência, pode decorrer facilmente desta inovadora infiltração.

Com este intento, a medida exige autorização judicial (art. 190-A, I) que *estabeleça expressamente os limites* da infiltração para a obtenção de prova. O próprio requerimento de infiltração deverá conter o alcance das tarefas dos policiais, além da especificação dos investigados (art. 190-A, II). Mais: possui prazo máximo (inciso III do mesmo dispositivo), e tanto a autoridade judicial quanto o Ministério Público poderão pedir relatórios parciais antes do término do referido prazo. Por fim, não se admite a infiltração se a prova puder ser obtida de outra maneira (§ 3º), e há também previsão de sigilo dos autos, naturalmente, além de responsabilização pelos excessos praticados.

Mais se dirá sobre esta novidade, no capítulo atinente aos procedimentos penais (14.7.12).

11.5.4 Missões/funções da prisão em flagrante

Como intuitivo, a primeira e mais relevante função que se atribui à prisão em flagrante é a de procurar evitar, quanto possível, que a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos.

Pretende-se, com a prisão em flagrante, impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (art. 302, I, CPP), ou de seu exaurimento, nas demais situações, isto é, quando a infração acabou de ser praticada (art. 302, II, CPP), ou, logo após a sua prática, tenha se seguido a perseguição (art. 302, III, CPP), ou o encontro do presumido autor (art. 302, IV, CPP).

Não é por outra razão que o Código de Processo Penal autoriza qualquer pessoa do povo a realizar a prisão em flagrante. E não é só: também não é por outra razão que a Constituição Federal autoriza a violação do domicílio, sem mandado judicial e mesmo à noite, quando presente situação de flagrante delito (art. 5º, XI, CF).

De outro lado, já mais conectada aos interesses da persecução penal, a prisão em flagrante revela-se extremamente útil e proveitosa no que se refere à qualidade e à idoneidade da prova colhida imediatamente após a prática do delito.

De fato, quando a prova é colhida por ocasião do flagrante, a visibilidade dos fatos (dizemos *fato* porque se pode concluir, ao final, pela inexistência de crime) é muito maior, sobretudo no que respeita à produção de prova testemunhal. Esta prova, embora decisiva na maioria das ações penais, deve ser sempre analisada com cautela, não pela eventual mendacidade da testemunha, mas pelo fato de que todo testemunho é, ao fim e ao cabo, uma visão pessoal da realidade, que pode variar de pessoa a pessoa. A verdade do testemunho é a representação que faz o sujeito da realidade por ele analisada, daí por que poderá não coincidir com a verdade de outro testemunho. Não bastasse, ou exatamente por isso, cada pessoa reage de modo diferente diante de situações incomuns, sobretudo quando na presença de ações violentas ou de grave ameaça.

Seja como for, se a prova testemunhal pode contribuir para a construção da verdade judicial, não há dúvida de que o momento em que a representação do sujeito (testemunha) em relação ao objeto (fato da realidade) pode apresentar maior coincidência é exatamente aquele do flagrante delito, quando as imagens apreendidas pelo depoente estão ainda bem definidas, se e quando estiverem.

A prisão em flagrante, portanto, cumpre importantíssima missão, cuidando da diminuição dos efeitos da ação criminosa, quando não do seu completo afastamento

(dos efeitos), bem como da coleta imediata da prova, para o cabal esclarecimento dos fatos.

Por isso, e para nós, a prisão em flagrante é medida cautelar pessoal, tal como ocorre em relação às demais, embora apresente peculiaridades sensíveis quanto a sua estrutura.

Em primeiro lugar, *independe* de ordem judicial, dada o seu caráter *emergencial*. Em segundo, *esgota-se* tão logo realizadas as suas funções, não havendo justificativa para prosseguir no tempo, dado que já encerrada a situação *flagrancial* com a prisão.

Feito isso, como veremos, exaure-se a sua função, impondo-se ao juiz que seja devidamente fundamentada a manutenção da prisão realizada em situação de flagrante delito, por meio da *conversão* dela em *prisão preventiva* ou pela imediata imposição de outra medida cautelar, diversa da prisão (art. 310, II, CPP).

11.5.5 Prisão em flagrante e situações especiais

Há determinadas situações em que a prisão em flagrante segue rumo diferente daquele traçado no Código de Processo Penal, por força de ressalvas expressas na legislação e até na Constituição da República.

Tal ocorre ora em consideração à função pública exercida pelo agente do crime, ora em consideração à própria conduta do agente, e, por fim, em atenção à menor gravidade da infração.

Nos termos do art. 53 da CF, os membros do Congresso Nacional somente poderão ser presos se em flagrante delito, e pela prática de crime inafiançável (cuja pena é mais grave), devendo ser apresentados imediatamente à respectiva Casa, que deliberará acerca da manutenção da prisão e da formação de culpa.

Essa regra finalmente conheceu aplicação prática no apagar das luzes do ano de 2015, quando o Supremo Tribunal Federal decretou, pela primeira vez na história do nosso país, a prisão de um parlamentar em exercício do cargo. O ato levantou uma série de críticas e questionamentos acerca de sua legitimidade tendo em vista o

disposto no art. 53, § 2º, da Constituição Federal, razão pela qual nos debruçaremos sobre os seus aspectos processuais.

Abstraindo da problemática equiparação que foi feita entre crimes inafiançáveis (previstos no art. 323, I, II, III do CPP, exata reprodução dos delitos listados nos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da CF) e *circunstâncias* em que não é cabível a fiança (estas previstas no art. 324 do CPP), a questão levanta um problema de alta complexidade: diante do desatualizado texto constitucional, qual seria o propósito da autorização da respectiva Casa Legislativa acerca da prisão em flagrante?

Explica-se.

A redação original do Código de Processo Penal de 1941 impedia, em regra, a concessão de liberdade durante o processo para aqueles que tivessem sido presos em flagrante por crimes inafiançáveis. A prisão em flagrante, quando aliada à inafiançabilidade do delito, possuía, então, um nítido caráter de antecipação de culpa.

Nesse contexto, a previsão constitucional de 1988 é justificável. A Casa Legislativa deveria, portanto, autorizar a manutenção da segregação do parlamentar, que duraria até o fim do processo devido à impossibilidade de se conceder liberdade provisória aos encarcerados por crimes inafiançáveis.

Contudo, essa expressão somente fez sentido até a Lei 6.416/77, a partir da qual passou a ser cabível a liberdade provisória até mesmo para quem fosse flagrado cometendo crime inafiançável (o que, a rigor, praticamente extinguiu qualquer utilidade à expressão "inafiançabilidade"). Ao que se depreende, o constituinte está se reportando, INDEVIDAMENTE, ao velho – e nesse ponto já superado – CPP. Desde a mudança operada por aquele diploma normativo, o simples flagrante associado a delito inafiançável não basta, por si só, para justificar a prisão de quem quer que seja – incluindo parlamentares. Entendimento contrário ofenderia a própria Constituição Federal, que exige ordem escrita e fundamentada para manter alguém privado de sua liberdade.

Pois bem. Não vemos qualquer invalidade ou impossibilidade de se apontarem razões da preventiva para a manutenção de flagrante em crime inafiançável para o parlamentar. De fato, tais razões cautelares devem mesmo estar presentes, sob pena

de invalidação absoluta da custódia – posto que flagrante não presume culpa e não pode fundamentar a manutenção de prisão alguma, desde no mínimo 1988.

Essa conclusão, a única que nos parece possível (ou razoável), é extraída quando consideramos as três hipóteses de interpretações possíveis nesse cenário:

a) preso em flagrante de crime inafiançável, o parlamentar ficaria encarcerado até o fim do processo, se a respectiva Casa Parlamentar mantivesse a prisão;
b) a prisão em flagrante de crime inafiançável do parlamentar não poderia ser mantida nunca, por não ser possível a aplicação de prisão preventiva a eles;
c) a prisão em flagrante somente poderia ser mantida se presentes razões da preventiva, e se em caso de crime inafiançável.

A hipótese da alínea "A" é insustentável e implicaria um retrocesso ao velho CPP (em sua redação originária). Indefensável também à vista do próprio texto constitucional, que exige uma fundamentação muito mais ampla do que o simples flagrante para que a custódia se estenda. Faltariam à prisão, nessa conjectura, fundamentação e instrumentalidade juridicamente relevante.

A hipótese da alínea "B" também não nos convence. A se admiti-la, qual seria, então, o papel reservado ao Parlamento? Quando a CF diz que cabe a ele "resolver sobre a prisão", qual seria o significado de eventual autorização – que se veria inevitavelmente fulminada logo em sequência, pois não cabível em hipótese alguma a preventiva?

Por isso, pensamos que a hipótese da alínea "C" é a mais adequada a uma interpretação constitucionalmente fundada e atualizada da matéria, sobretudo a partir da instrumentalidade cautelar instituída pela Constituição de 88. Seria cabível, nesse raciocínio, a manutenção da prisão do parlamentar se – e somente se! – fundamentada em razões da preventiva, e exclusivamente na hipótese de prisão em flagrante de crime inafiançável (havendo, por óbvio, manifestação positiva da respectiva Casa Legislativa). Fora daí, não haveria nem poderia haver decretação de prisão de parlamentar.

O ponto será abordado mais à frente, no item 11.10.1.

Quanto ao Presidente da República, nos termos do art. 86, § 3º, da CF, "*enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito à prisão*".

Em 2017, o Supremo Tribunal Federou afastou a simetria de tratamento para os Governadores de Estado *em relação à exigência de licença prévia* para o processamento de ação penal contra eles (STF – ADI nº 5.540/MG, Rel. Min. Edso Fachin, 03.05.2017), e o mesmo ocorreu em relação à eventual necessidade de prisão preventiva e/ou outras cautelares. É o que decidiu o Pleno da Suprema Corte no julgamento do HC nº 102.732/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em março de 2010, ocasião em que se afastou a invocação, por analogia e simetria, do disposto no art. 51, I, CF.

A jurisprudência atual ainda hesita em admitir a prisão preventiva de deputados estaduais, diante da regra de isonomia prevista no art. 27, § 2º, CF (com efeito, no julgamento das *liminares* das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 5.823, 5.824 e 5.825, entendeu-se por apertada maioria – seis votos a cinco – que as regras da Constituição Federal relativas à imunidade dos deputados federais são aplicáveis aos deputados estaduais). Nada obstante, pensamos que, ainda que excepcionalmente, poderá ser reservado a eles o mesmo tratamento diferenciado admitido pelo STF para os Governadores, quando a privação da liberdade for o único meio de contenção da atividade criminosa em delitos de natureza grave. Em tal situação, o princípio federativo haverá de ceder à necessidade de proteção efetiva da comunidade estadual envolvida.

Em relação aos magistrados – Lei Complementar nº 35/79 (art. 33, II) – e aos membros do Ministério Público – Lei Complementar nº 75/93 (art. 18, II,*d*) e Lei nº 8.625/93 (art. 40, III) –, somente poderão ser presos por ordem escrita e fundamentada do tribunal competente, ou em flagrante delito de crime considerado inafiançável, devendo o fato ser comunicado imediatamente ao órgão superior da instituição, que, nesse caso, deverá se manifestar acerca da manutenção da prisão.

Para os agentes diplomáticos, bem como para os seus familiares, não será possível

a imposição de qualquer prisão, tendo em vista a ampla imunidade material de que são portadores, somente respondendo penalmente perante o Estado acreditante (o da respectiva origem), conforme previsto na Convenção de Viena, em 1961, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 56.435/65.

Já quanto aos agentes consulares, para os quais a imunidade limita-se aos crimes praticados no exercício de atos de ofício, será possível tanto a prisão em flagrante quanto a prisão preventiva para os demais delitos, consoante disposição da Convenção de Viena, de 1963, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 61.078/67 (STF – HC nº 81.158/RJ, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, red. p/ o acórdão Ministra Ellen Gracie, 14.5.2002).

De outra perspectiva, levando-se em consideração o comportamento do agente, tem-se o exemplo do disposto no art. 301 do Código de Trânsito brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), segundo o qual "*ao condutor do veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela*".

Do mesmo modo, mas por outra razão, fundada na menor gravidade da infração penal, não se imporá a prisão em flagrante nem se exigirá fiança nas infrações penais sujeitas à competência dos Juizados Especiais Criminais, consoante se observa do disposto no art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95. A exceção acautelatória ali mencionada diz respeito aos casos de violência doméstica (afastamento do lar ou local de convivência com a vítima – art. 69, parágrafo único, Lei nº 9.099/95, com redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002).

Registrem-se, aqui, as disposições da Lei de Tóxicos, Lei nº 11.343/06, no ponto em que, ao atribuírem a competência dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio (art. 28), nos termos do que contido no art. 48, § 1º – ressalvada a hipótese de conexão ou continência com outro crime, da competência de Juiz Singular ou do Júri (ou de Tribunal, se originária a competência, acrescentaríamos) – determinam a não imposição de flagrante delito ao agente (art. 48, § 2º).

Não há como deixar de criticar a recente alteração promovida pela Lei 13.964/19

no § 2º do art. 310, *de clarividente inconstitucionalidade, que determina que o juiz não poderá conceder a liberdade (com ou sem medidas cautelares)* diante de três hipóteses: a) se o agente preso em flagrante é reincidente; ou b) se integra organização criminosa armada ou milícia; ou c) se portar arma de fogo de uso restrito.

A vedação abstrata da lei restabelece a insustentável situação de prisão exclusivamente pelo flagrante e das condições estabelecidas genericamente. Repetimos: nenhuma prisão pode ser mantida se não houver fundamentos da cautelaridade nos exatos termos do art. 312 do CPP. Assim, não serão as circunstâncias retromencionadas (isolada ou cumulativamente) que impedirão, automaticamente, a concessão da liberdade, com ou sem medidas cautelares (art. 319, CPP). Mediante a devida fundamentação, considerando o caso concreto, a *necessidade* e a *proporcionalidade* da medida restritiva serão as vigas-mestras a serem observadas pelo juiz, jamais a proibição em abstrato.

11.5.6 Audiência de custódia

Desde o longínquo ano de 1992 vigora no País o Decreto nº 678/92, que obriga o Governo Brasileiro a cumprir o tanto quanto disposto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida pelo nome de "Pacto de San José da Costa Rica". Em seu art. 7º, item 5, aquele diploma prevê que toda pessoa presa deve ser conduzida, "sem demora", à presença de um juiz (ou autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais). O intuito é averiguar possíveis ilegalidades relativas à prisão em si ou ao tratamento sofrido pelo detido enquanto em custódia da autoridade policial. Além disso, não deixa de ser uma primeira oportunidade para que este se manifeste a respeito do ocorrido, podendo a prisão ser então mantida, relaxada ou até mesmo substituída por medidas cautelares diversas.

A rigor, norma de conteúdo idêntico já se encontrava em vigor, posto que prevista no Art. 9, 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (promulgado no Decreto nº 592/92, apenas alguns meses antes). A regra, aliás, não é exclusividade dos países americanos (inclusive tem amparo *constitucional* em alguns deles, como

Guatemala – art. 6º – e Haiti – art. 26), como se vê na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu art. 5, 3, que reproduz o texto em sua inteireza.

Contudo, como anota Mauro Fonseca Andrade em excelente obra sobre o tema (ANDRADE e ALFLEN, 2016), no Brasil vinha-se entendendo – em postura nitidamente contrária à evolução histórica do direito penal e dos direitos humanos – que as dificuldades fáticas da aplicação dessa garantia ensejariam a sua sumária desconsideração, ora sob o argumento de que a expressão "sem demora" era por demais genérica – e que o simples envio dos autos de prisão em flagrante no prazo de 24 horas (previsto no CPP, art. 306, § 1º) já teria o condão de substituir esse procedimento –, ora por meio da interpretação de que a "outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais" seria o próprio Delegado de Polícia.

Atento sobretudo à deplorável situação carcerária do País, o Conselho Nacional de Justiça teve a iniciativa (em conjunto com o Tribunal de Justiça de São Paulo) de implantar a audiência de custódia no País, conforme consta do Provimento Conjunto 03/15.

Naturalmente, diversas entidades se manifestaram contra a criação dessa audiência de custódia, mencionando a ausência de material humano e condições financeiras que possibilitassem o cumprimento de seus dispositivos, bem como possível ilegitimidade do CNJ para inovar no ordenamento jurídico. Essa insatisfação materializou-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240/SP, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil.

O STF enfrentou a questão (tal como visto no Informativo de Jurisprudência nº 795) e julgou improcedente o pedido, entendendo que a iniciativa do CNJ/TJSP se coaduna com o Pacto de San José da Costa Rica, que por sua vez tem *status* supralegal, e que não houve inovação jurídica – apenas explicitação de conteúdo normativo já existente, e mais: obrigatório!

De nossa parte, víamos com bons olhos a *nova ordem*, sem deixar de anotar, porém, a ausência de sua exigibilidade legal, já que a previsão do quanto consta no Pacto de San José da Costa Rica não nos parece suficientemente impositivo às autoridades brasileiras.

A Lei nº 13.964/19, porém, alterou a redação do art. 310 do CPP, estabelecendo enfim alguns parâmetros atinentes à audiência de custódia e também dirimindo as dúvidas quanto à *legalidade estrita* deste ato. De início, frise-se que foi incluída na parte final do art. 287 que a apresentação do preso perante o juiz que tiver expedido o mandado será para *fins de realização da audiência de custódia*, o que já parecia óbvia desde a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (cujos termos ainda nos parecem aplicáveis, embora apenas de forma *subsidiária*).

Assim, o juiz (tecnicamente o *juiz das garantias*, de acordo com o texto legal, mas a norma se encontra suspensa, como já referido anteriormente), ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá promover a audiência de custódia – no prazo de até 24 horas, como regra – com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o Ministério Público, sendo que, nesse momento (após as justificativas apresentadas pelo preso a respeito do ato de sua prisão), deverá fundamentadamente decidir sobre a aplicação dos incisos I, II ou III do art. 310 do CPP.

Novidade digna de nota é a criação de outra hipótese de ilegalidade da prisão: se não realizada a audiência de custódia no prazo de 24 horas – sem motivação suficiente para ter sido ultrapassado referido prazo – restará configurada automaticamente a ilegalidade da prisão (em flagrante). É dizer: para que não se reconheça a ilegalidade da prisão é fundamental que sejam declinados motivos *idôneos* para justificar o excesso do (exíguo) prazo de 24 horas. Esta regra, porém, está com sua vigência suspensa.

Não é difícil imaginar que, considerando as peculiaridades de cada localidade do território brasileiro e das estruturas existentes, que o cumprimento desse prazo possa ser de difícil atendimento. A solução passará sempre pela justificativa, pelo juiz, das razões jurídicas e fáticas que ensejaram a demora na realização da audiência de custódia. Evidente que não se deverá utilizar expressões vagas e imprecisas (*v.g.* "devido ao excesso de trabalho", "devido à falta de estrutura" etc.), mas sim, a partir delas, indicar as razões concretas para o excesso. Nesse caso, não se deverá cogitar de ilegalidade da prisão.

E o § 3º acrescido ao art. 310 pela Lei nº 13.964/19 trouxe uma penalidade para além dos efeitos da revogação da prisão (que passa a ser considerada ilegal pelo excesso de prazo injustificado): quem der causa à não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. O tema ganha relevo maior na seara penal em face do disposto no art. 9º, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 13.869/19, que assenta incorrer em crime de "abuso de autoridade" a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I – relaxar prisão manifestamente ilegal; ou II – substituir a preventiva por cautelar diversa *ou de conceder liberdade provisória*, quando manifestamente cabível.

O cuidado merece ser redobrado. Por evidente, não será o mero reconhecimento ulterior (por outra autoridade judicial competente) de que seria caso de concessão de liberdade que ensejará conclusão no sentido de que houve "abuso de autoridade". É preciso que sejam observadas as condições claras e expressas dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei nº 13.869/19: "*§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal*"; e "*§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade*". Sem essas condições, compreendemos não ser possível atribuir qualquer responsabilidade ao magistrado que, eventualmente, não relaxa a prisão que vem a ser, posteriormente, taxada de ilegal por outra autoridade.

Quanto ao procedimento, deve-se atentar para o seguinte: não se trata de uma *antecipação de interrogatório*. Mais ainda: não se está abrindo a oportunidade para o avanço acerca das circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita. A audiência destina-se tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições

pessoais de vida (família, trabalho etc.).

No ponto, pensamos totalmente criticáveis as previsões normativas (Resoluções de Tribunais) que pretendem instaurar verdadeiro procedimento contraditório acerca da concreta realização do crime, buscando a confissão ou a negativa do fato, prevendo ainda a possibilidade de ampla atuação do Ministério Público e da Defesa. Não é disso ou para isso que há de servir a audiência de custódia: trata-se apenas de se permitir ao aprisionado e ao magistrado um exame mais direto a respeito da necessidade ou da desnecessidade da imposição de cautelares a ele.

Naturalmente que as partes (Ministério Público e Defesa) devem também ser ouvidas, mas não para fins de esclarecimento do crime e para a inquirição do preso sobre os fatos. Para isso já é previsto o interrogatório, após regular instauração do inquérito. Não fossem suficientes tais argumentos, é de se ver também que, ainda quando realizada (a audiência) em contraditório e na presença do juiz, não será de processo que se cuidará, mas apenas da fase inicial e nascedoura da investigação. Bem por isso, eventual confissão assim obtida não deverá ser considerada como antecipação do procedimento previsto no art. 185 e seguintes do CPP. Primeiro, em razão da inexistência de processo e de efetivo exercício jurisdicional penal, e, segundo, por não ser aquele o momento procedimental adequado para a matéria, do que resultará violação ao *devido processo legal*.

A Primeira Turma do STF aplicou corretamente esse raciocínio no HC nº 157.306/SP (Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.09.2018), ao negar *Habeas Corpus* em que se discutia a formação de *coisa julgada* da decisão proferida em audiência de custódia. Como bem ressaltado pelo Tribunal, esse ato se limita a uma avaliação estrita da regularidade da prisão e de possíveis medidas cautelares alternativas, não constituindo decisão de *mérito*, nem mesmo quando se relaxa a custódia por possível *atipicidade*.

Outro aspecto digno de nota desta audiência é que ela deverá ser sempre presencial, como decidiu o STJ no CC 168.522-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, publicado em 17.12.2019, vedando-se a sua realização por videoconferência.

11.6 Prisão temporária

Foi justamente a preocupação com a complexidade das investigações de determinadas infrações penais, mais gravemente apenadas, a responsável pela elaboração da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que cuida da prisão temporária.

Dissemos, logo no início da abordagem do tema relativo às prisões, que toda prisão, antes do trânsito em julgado, será sempre cautelar e também provisória.

A prisão temporária não poderia fugir à regra. Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89, no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, porque tem a sua duração expressamente fixada em lei, como se observa de seu art. 2º e também do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

A citada Lei nº 7.960/89 prevê que a prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí por que não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal.

E porque se destina à proteção das investigações policiais, cujo destinatário é o Ministério Público, o legislador lembrou-se de que a nossa ordem constitucional de 1988 impõe um modelo processual de feições acusatórias, na qual não se reserva ao magistrado o papel de acusador e muito menos de investigador. Assim, corretamente, não contemplou a possibilidade de decretação *ex officio* da prisão temporária, somente permitindo-a "*em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público*" (art. 2º).

Ainda ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva e mesmo com a *conversão em preventiva* da prisão em flagrante (art. 310, II, CPP), a prisão temporária tem prazo certo, expressamente previsto em lei, que somente em caso de extrema e comprovada necessidade poderá ser prorrogado, e por uma única vez, findo o qual o aprisionado deverá ser posto em liberdade, salvo se já decretada a sua prisão preventiva (art. 2º, § 7º, Lei nº 7.960/89).

O prazo máximo previsto na lei é de cinco dias (dentre os quais se inclui o dia do cumprimento do mandado, conforme § 8º do art. 2º), prorrogáveis uma única vez, se demonstrada a sua extrema necessidade. Tratando-se, porém, de crime considerado hediondo ou equiparado, conforme previsão na Lei nº 8.072/90, o prazo será de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, se demonstrada a sua absoluta necessidade (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90).

Em tema de prisão temporária, então, duas questões relevantíssimas logo se põem.

A primeira diz respeito aos requisitos necessários para a sua decretação, tendo em vista que o art. 1º refere-se a três situações e realidades distintas, expostas em três incisos.

No inciso I, afirma-se que caberá a prisão temporária "*quando imprescindível para as investigações do inquérito policial*". No inciso II, a referência é feita a "*quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade*". E, finalmente, no inciso III caberá a temporária "*quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes*": arrolando, a seguir, inúmeras infrações penais, tendo por característica comum o fato de serem infrações mais gravemente apenadas, muitas das quais incluídas entre os crimes hediondos ou equiparados.

A primeira questão: seria necessária a presença de todas as hipóteses arroladas no art. 1º para a decretação da prisão temporária, ou apenas de uma ou de algumas delas?

Pensamos que a resposta passa necessariamente pelo exame da situação narrada no inciso II, relativo à incerteza quanto à identidade ou quanto ao endereço do indiciado.

A nosso juízo, o inciso II é absolutamente redundante, no ponto em que expressa uma das várias hipóteses enquadráveis no inciso I, no qual se afirma a necessidade da prisão temporária com fundamento na imprescindibilidade da investigação policial.

Ora, se nada se sabe acerca da real identidade do indiciado ou não se tem notícia de seu endereço, as investigações serão evidentemente prejudicadas. E não porque se

possa pensar na possibilidade de utilização dele (indiciado) unicamente como objeto da prova, mas porque há determinados meios de prova em que a participação do suposto autor é exigida na Lei. Sobre a matéria, já discorremos ao tratarmos do princípio do direito ao silêncio.

Todavia, basta lembrar aqui que ninguém defende a possibilidade de recusa legítima do acusado ao reconhecimento de pessoas, previsto no art. 226 do CPP. A prisão, pelo menos por esse motivo e até a realização do ato, já estaria justificada. E mais: o conhecimento de seu paradeiro é necessário até mesmo para permitir a ele eventual contribuição na formação da *opinio delicti*.

Precisamente por isso, e dada a natureza eminentemente temporal da justificação, a Lei nº 12.403/11 haverá que estender seus efeitos *"também para a prisão temporária"*, no ponto em que ela dispõe, no art. 313, § 1º, CPP, que *"também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida"*.

Ora, se admite o esgotamento da preventiva (quando decretada em função da ausência de identificação do preso) tão logo ela seja feita (a identificação), não há razão plausível para manter-se a prisão temporária para além do tempo necessário a esse esclarecimento, quando decretada sob tal e idêntica fundamentação (art. 1º, II, Lei nº 7.960/89).

Parece-nos, então, que a exigência da presença dos três incisos tem os seguintes inconvenientes:

a) como a hipótese do inciso II revela a imprescindibilidade para a investigação, *até que se esclareça a identidade e o endereço do preso*, estando presente esta (a hipótese do inciso II), nada mais seria exigível em relação ao que contém o inciso I, daí resultando uma restrição logicamente incompatível na interpretação dos aludidos textos;
b) restringiria todo o espaço normativo dos incisos I e III à ocorrência de incerteza

quanto à identidade ou paradeiro do acusado, o que tornaria bastante reduzido o âmbito de aplicação da prisão temporária.

Pensamos, por isso mesmo, que devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do inciso III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I. Assim, a prisão temporária somente poderá ser decretada se e desde que presentes também os requisitos tipicamente cautelares (indícios de autoria e prova da materialidade), seja imprescindível para as investigações policiais e se trate dos crimes expressamente arrolados no inciso III do art. 1º; para outros, ali não mencionados, a única prisão cautelar possível seria a preventiva, nunca a temporária.

A interpretação segundo a qual bastaria a presença de um único inciso para que se pudesse decretar a temporária parece-nos absolutamente descontextualizada da ordem constitucional vigente.

Ora, se fosse assim possível, qual seria a fundamentação cautelar da prisão determinada com fundamento unicamente no inciso III, por exemplo? Indícios de autoria e prova da materialidade? Nada mais? Basta ver as regras específicas para a decretação de *quaisquer medidas cautelares* no atual processo penal brasileiro, conforme art. 282, CPP (com redação dada pela Lei nº 12.403/11) para se recusar semelhante sugestão.

De outro lado, ainda como exemplo, será que seria possível a decretação de prisão temporária com fundamento único no inciso II, para qualquer infração penal, ainda que a pena cominada fosse unicamente de multa? Ou para o crime culposo, para o qual não é cabível também a preventiva? Evidentemente que não! As hipóteses de prisão preventiva *demarcam os contornos* da necessidade de prisão cautelar (arts. 312 e 313, CPP), impondo que a (prisão) temporária se fundamente ao mesmo nível.

Na outra ponta, a outra questão a ser analisada, e que, de modo geral, nem sequer é apontada na doutrina, diz respeito aos inegáveis efeitos que a prisão temporária deve produzir na contagem do prazo para encerramento da instrução criminal.

Conforme se verá com mais detalhes (item 11.7.3), a jurisprudência de nossos

tribunais construiu um entendimento já consolidado, segundo o qual o prazo de encerramento da instrução criminal ocorreria após 81 (atualmente, 86) dias da prisão, em flagrante ou preventiva, após o que seria possível a impetração de *habeas corpus*, fundado no excesso de prazo da prisão. Vimos também que, com as modificações trazidas pela Lei nº 11.719/08, o referido prazo de 81 dias alterou-se para 86, podendo chegar a 107 dias no âmbito da Justiça Federal, se houver prorrogação do prazo do inquérito policial.

Entretanto, o que parece não ter sido ainda objeto de maiores inquietações é a questão de se saber se o prazo de prisão temporária, acaso existente, estaria ou não incluído nos mencionados 86 dias.

A nosso aviso, a resposta negativa se impõe. Com efeito, a prisão temporária somente se justifica para determinados crimes, mais gravemente apenados, a demonstrar maior complexidade na apuração e individualização das condutas e dos fatos. É por isso que o art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89 estabelece que, decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Com isso, o prazo para encerramento do inquérito, de dez dias estando preso o acusado (e de 15 dias, prorrogáveis, na Justiça Federal), somente teria início a partir da decretação da preventiva, não incluindo, portanto, o prazo da prisão temporária.

Se não fosse assim, uma vez decretada a prisão temporária e encerrado o seu prazo de cinco dias, acrescidos da prorrogação, teria início a contagem daquele (prazo) para o oferecimento da denúncia. Ora, por semelhante raciocínio, o tratamento então destinado a crimes mais graves seria idêntico àquele reservado à generalidade dos delitos (art. 10 c/c art. 46, ambos do CPP).

Nesse passo, tratando-se de crime considerado hediondo, constata-se a possibilidade real de se manter o indiciado preso por prazo igual a 60 dias, se houver prorrogação (art. 2º, § 4º, Lei nº 8.072/90), findo o qual ainda seria cabível a prisão preventiva.

De outro lado, a Lei nº 12.850/13, que cuida dos crimes praticados por meio de organizações criminosas, prevê o prazo de 120 (cento e vinte) dias para o

encerramento da instrução naqueles processos, quando estiver preso o acusado ou investigado.

Referido prazo até poderá ser prorrogado por igual período, por decisão judicial necessariamente fundamentada e, indispensavelmente, nas razões ali elencadas (art. 22, parágrafo único), a saber: (a) complexidade da causa; (b) fato procrastinatório atribuível ao réu. Para maiores detalhes e explicações, remetemos o leitor ao item 14.7.8, no qual se cuida especificamente de tais procedimentos.

11.6.1 Prisão temporária e o art. 313, I, CPP

Poder-se-ia indagar: caberá prisão temporária *autonomamente* – é claro, já que ela não se presta a garantir a eficácia de outras cautelares! – para hipóteses em que não seria cabível a preventiva *autônoma?*

Na verdade, o único caso em que tal ocorre, ou seja, a única hipótese em que os crimes mencionados na Lei nº 7.960/89 não atingiriam o teto do art. 313, I, CPP (superior a quatro anos) é exatamente no delito de *associação criminosa*, conforme art. 288, CP, cuja sanção é de um a três anos.

E, a nosso ver, a referência expressa à prisão temporária no art. 283, *caput*, CPP, tem o condão de manter a sua validade junto às demais cautelares, nos moldes e com as consequências previstas na Lei nº 7.960/89, instituindo, por isso mesmo, uma exceção à regra do teto do art. 313, I, e permitindo, não só a decretação da temporária para tais delitos, mas a própria prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312, CPP.

Tal decorre, a nosso aviso, da manutenção da eficácia do art. 2º, § 7º, da citada Lei nº 7.960/89, que autoriza a preventiva para os crimes para os quais é prevista a prisão temporária.

Não é só.

A prisão temporária se justifica diante da complexidade das investigações nos delitos que arrola. Nesse passo, não há como recusar a pertinência da medida nos

delitos de associação criminosa. A alteração do *nomen iures* do delito – de quadrilha ou bando para associação criminosa – não desqualifica a censura ao comportamento ali descrito e não afasta as demais referências legislativas pertinentes.

11.7 Prisão preventiva

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo.

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

Em nosso Direito, a partir da Lei nº 12.403/11, e tal como ocorre no Direito português e no Direito italiano, são previstas várias outras medidas cautelares *pessoais* distintas da prisão preventiva, somente se aplicando esta última, como regra, quando não forem suficientes as demais.

Em razão da sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão preventiva "*por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente*", conforme se observa com todas as letras no art. 5º, LXI, da Carta de 1988.

E o que se entende por ordem *fundamentada*? O art. 315, em seu § 2º, estipulou expressamente algumas situações que geram uma *presunção* de "ausência de fundamentação" da decisão que decreta a prisão preventiva. Nestes casos, a custódia deverá ser relaxada, uma vez que toda segregação, seja cautelar ou definitiva, deve ser sempre *devidamente* fundamentada.

Vamos a elas, então.

Primeira (inciso I): não se considera fundamentada a decisão que se limitar a

indicar, reproduzir ou fizer paráfrase de *ato normativo*, sem explicar a relação com a causa ou a questão decidida. Nesse ponto, nenhum problema, até porque também nessa linha já eram os precedentes jurisprudenciais – como não poderiam deixar de ser, a rigor. Não basta a remissão ao dispositivo da lei ou a seu conteúdo sem declinar as razões concretas que fazem aquela norma se adequar ao caso concreto posto a julgamento.

Segunda (inciso II): vedação de utilização de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência ao caso. Também não se trata de novidade no ordenamento, na medida em que, há muito (e corretamente), a jurisprudência e boa parte da doutrina reconheciam que não se poderia acorrer a eles como forma única de justificar medidas dessa natureza. Assim, por exemplo, não se pode "fundamentar" uma prisão preventiva invocando-se, genericamente, a expressão "ordem pública". A partir desse conceito (que realmente traz uma indeterminação considerável, há de se reconhecer), é preciso que se decline, o mais objetivamente possível, como é que a manutenção da liberdade do envolvido pode impactar o sistema de modo a justificar que se parta da regra (liberdade) para a exceção (prisão).

Terceira (incisos III, V e VI): Aqui, cabe uma análise conjunta dos requisitos diante da interligação dos dispositivos.

Com efeito, e em primeiro lugar, também passou a não se considerar como *suficiente* a invocação de motivos que se prestaram a justificar *qualquer outra decisão*, bem assim a invocação de precedente ou enunciado de súmula, sem identificar os fundamentos essenciais e determinantes e nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Uma advertência: naturalmente não há óbice para que, na decretação de uma medida cautelar, sejam utilizados fundamentos de outras decisões, desde que tenham pertinência com o caso concreto. O que se quer evitar é a utilização desses fundamentos como os *únicos que* embasem o decreto de restrição aos direitos fundamentais no bojo de um procedimento processual penal. Desse modo, se houver a declinação da identificação fática e jurídica do caso concreto que se amolde a outros

julgados (precedentes ou decisões), nenhum impedimento para que se faça, de maneira complementar, a utilização desses fundamentos e conteúdos de decisões jurisprudenciais.

Depois, tal qual as hipóteses do inciso I, o que não se aceita é a utilização aqui, pura e simples, dos conceitos de súmulas ou precedentes sem fazer a devida correlação com o caso concreto a ser decidido. Nessa linha, também o inciso VI dispõe que se considera ausente de fundamentação a decisão que não apresentar uma distinção do caso concreto que, em tese, poderia se amoldar a enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte.

Aqui, todo cuidado ainda será pouco caso não se atente para alguns detalhes relevantes. É que a invocação de um "precedente" (*ainda mais diante de inúmeros casos com remissão a ementas que, muitas vezes, não revelam efetivamente o que decidido, ou então transcritas parcialmente, descontextualizando-a do precedente originário*) por certo poderá ser *minoritário* (e há muitos) diante de jurisprudência reiterada e preponderante a respeito de determinados temas jurídicos. Desse modo, deverá ser sempre observado não apenas a hierarquia do órgão que julgou o precedente invocado, mas sobretudo o *conteúdo das fundamentações* que justificaram as decisões supostamente colidentes. Nesse cotejo de identificação das questões fáticas é que se deverá analisar qual é efetivamente a validade da fundamentação.

Por fim, a quarta (inciso IV). Considera-se carente de fundamentação a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo e que sejam capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Eis aqui outra situação que poderá ensejar problemas, especialmente diante da tese de parte da doutrina no sentido de que o julgador teria de enfrentar *todos* os argumentos tecidos pelas partes. Não é bem assim.

Como já há muito sedimentado, especialmente no STF e no STJ, a fundamentação apta é aquela que for declinada pelo julgador e suficiente para embasar o pronunciamento jurisdicional. Com efeito, não há direito subjetivo das partes de que sejam enfrentados todos os argumentos e teses que declinem em processo judicial, *salvo aquelas que tenham possibilidade de infirmar a conclusão a que chegou a*

decisão atacada. Exatamente por essa razão é que o dispositivo em voga deixou claro que é necessário o enfrentamento de todos os argumentos trazidos pela parte *desde que* (eis aí a condicionante essencial) sejam eles, em tese, capazes de modificar a conclusão adotada pela decisão. Noutras palavras, não é qualquer fundamento invocado pela parte que ensejará a conclusão de ausência de fundamentação da decisão atacada.

Além disso, apesar de a lei não o dizer, entendemos que a parte interessada na discussão acerca da ausência de fundamento deverá indicar, objetivamente, onde se encontra na decisão objurgada a falha que contrasta com a tese por ela desenvolvida. Fora disso, não haverá necessidade alguma de o Poder Judiciário enfrentar todos os argumentos trazidos pela parte.

Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal. Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal.

No sistema anterior à Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva somente seria cabível nos casos expressamente arrolados no art. 313, CPP, e desde que presentes as circunstâncias de fato do art. 312, CPP. É dizer: se o crime em apuração ou sob acusação não se enquadrasse nas hipóteses do art. 313, CPP, não caberia a prisão, ainda que em risco a efetividade do processo.

Com a introdução de diversas medidas cautelares alternativas ao cárcere, haverá *nova fundamentação* e novas situações de cabimento da prisão preventiva, independentemente das situações arroladas no art. 313, CPP.

É que também será possível a decretação da preventiva, *não só na presença das circunstâncias fáticas* do art. 312, CPP, com os limites e as exceções do art. 313,

CPP, mas *sempre que for necessário para garantir a execução de outra medida cautelar*, diversa da prisão (art. 282, § 4º, CPP).

A prisão preventiva, então, passa a apresentar duas características bem definidas, a saber: (a) ela será *autônoma*, podendo ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior; e (b) ela será *subsidiária*, a ser decretada *em razão do descumprimento* de medida cautelar anteriormente imposta. E mais.

Há três situações claras em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo *autônom* e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP);
b) como *conversão* da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e
c) em *substituição* à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP).

Nas primeiras hipóteses, *a* e *b*, a prisão preventiva dependerá da presença das circunstâncias fáticas e normativas do art. 312, CPP, bem como daquelas do art. 313, CPP; na última, apontada na alínea *c, retro*, não se exigirá a presença das hipóteses do art. 313, sobretudo aquela do inciso I, CPP.

Quanto à possibilidade de decretação da preventiva *de modo subsidiário*, sem o limite do art. 313, I, há que se ponderar ser essa a única conclusão possível, sob pena de não se mostrarem efetivas as medidas cautelares diversas da prisão, nos casos em que a pena cominada ao crime *doloso* seja igual ou inferior a quatro anos (o *teto* estabelecido no art. 313, I). A prisão preventiva *para garantir a execução das medidas cautelares*, portanto, não pode se submeter aos limites do apontado inciso I, do art. 313, CPP.

No entanto, para a sua decretação, o descumprimento da cautelar haverá que ser *injustificado*. Havendo justificativa plausível, não haverá *necessidade* e nem adequação para o manejo da prisão.

Naturalmente, sendo comprovadamente injustificado o descumprimento da cautelar imposta, os riscos à efetividade da investigação ou do processo estarão mais visíveis, dispensando ampla fundamentação para a sua decretação, tal como ocorre no caso da preventiva *autônoma*.

De outro lado, não será cabível a preventiva: (a) para os crimes *culposos*, com a ressalva que fizemos anteriormente (item 11.4.1); e (b) quando não for prevista pena privativa da liberdade para o delito (art. 283, § 1º, CPP).

No primeiro caso, dos crimes culposos, a vedação da preventiva decorre do postulado da proporcionalidade, na perspectiva da proibição do excesso, a impedir que uma medida cautelar seja mais grave e onerosa que o resultado final do processo condenatório. Ver, no ponto, as dificuldades concretas para a imposição de pena privativa da liberdade aos crimes culposos (art. 33, § 2º, *b*, art. 44, I, e art. 77, ambos do CP), e o alerta que fizemos no item 11.4.1, em relação à excepcional possibilidade da pena privativa em tais situações.

No segundo caso, por expressa impossibilidade legal de imposição de cautelares – e, por isso, de sua *substituição* pela preventiva! – para os crimes para os quais a lei não comine pena privativa da liberdade (art. 283, § 1º, CPP).

De outro lado, a prisão preventiva, diferentemente da prisão temporária, presta-se a tutelar tanto a fase de investigação quanto a fase de processo, podendo ser decretada a qualquer tempo (art. 311, CPP). Tomem-se os exemplos das prisões decretadas por ocasião da decisão de pronúncia (art. 413, § 3º, CPP) e da sentença condenatória (art. 387, parágrafo único, e art. 492, *I*, e, CPP), somente possíveis na exata medida em que, por meio de fundamentação judicial expressa, seja demonstrada a função cautelar de cada uma delas e que não se demonstrem adequadas e suficientes a imposição das medidas cautelares do art. 319, CPP.

Como toda medida cautelar, também a prisão preventiva tem a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Em outros termos: a prisão preventiva submete-se à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada (característica da revogabilidade das cautelares) quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem (art.

316, CPP).

Que não fique dúvida: a prisão preventiva pode ser *revogada* quando não mais estejam presentes as razões que determinaram a sua decretação; no entanto, quando ainda for necessário manter-se um grau menos gravoso de proteção ao processo, nada impede que ela, a preventiva, seja *substituída* por outra cautelar (característica da modificabilidade das cautelares), desde que e somente se ainda estiverem presentes as hipóteses do art. 282, I, CPP.

Quando o caso for de *revogação*, nada se exigirá do aprisionado, devendo ser restituída a ele, em sua integralidade, a sua liberdade; quando for *substituída*, não.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça se viu diante de uma interessantíssima questão: condenado (em sentença recorrível) ao regime semiaberto um réu que estava segregado preventivamente, seria possível manter a prisão preventiva? O dilema ganha contornos de dificuldade ao se lembrar que o regime semiaberto é *mais favorável* ao réu do que o adotado pela prisão preventiva (fechado). A manutenção pura e simples desse tipo de prisão representaria, portanto, uma punição mais gravosa do que a própria condenação final!

O STJ não pacificou o ponto, ora decidindo que a prisão preventiva é inadequada ao réu quando este for condenado a regime diferente do fechado (RHC 52.407/RJ Rel. Min. Felix Fischer, 18.12.2014), ora julgando que a manutenção da prisão é sim possível se os motivos que a ensejaram ainda permanecem, mas desde que as suas características sejam *adaptadas* para se enquadrarem no regime semiaberto (RHC 53.828/ES, Rel. Min. Jorge Mussi, 24.04.2015).

A nosso ver, tendo em vista a possibilidade de se substituir a restrição da liberdade por outras medidas cautelares mais consentâneas e proporcionais com o (provável) desfecho do processo, a manutenção desse tipo de prisão nessas condições só seria possível em circunstâncias excepcionais e devidamente fundamentadas pelo juízo, quando como o relaxamento da custódia pudesse trazer considerável risco ao processo em si. Excetuando-se esses casos, a substituição da prisão por outra cautelar diversa faria mais sentido do que a simples revogação da primeira, mormente quando ainda presente algum ou alguns dos elementos que fundamentaram a segregação.

11.7.1 Requisitos fáticos: situações legais de risco à persecução penal

"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifi-quem a aplicação da medida adotada."

Observa-se, primeiro, que os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria constituem o que se poderia chamar de *fumus delicti*, ou a aparência do delito, equivalente ao *fumus boni iuris* de todo processo cautelar. A aparência do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar), como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória.

Por essa razão, e como regra, quando o juiz, pelas provas constantes dos autos, constatar ter o agente praticado o fato em legítima defesa, ou estado de necessidade ou qualquer outra excludente de ilicitude (art. 23, CP), não será decretada a prisão preventiva, nos termos do art. 314 do CPP.

Nessa hipótese (do art. 314) – por isso, fizemos questão de excepcionar a expressão *como regra* – a única previsão de imposição de medida cautelar, *em caso de flagrante delito*, seria a liberdade provisória denominada *vinculada*, tal como se acha prevista no art. 310, § 1º, obrigando o aprisionado ao comparecimento a todos os atos do processo, mediante termo de comparecimento, sob pena de revogação.

Apenas nesse caso, ou seja, de prisão em flagrante e de imposição da medida cautelar denominada *liberdade provisória vinculada* ao comparecimento ao processo, é que, pensamos, será possível, em tese, primeiro, o agravamento das cautelares do art. 319, e, por último, se for absolutamente indispensável, a decretação da prisão preventiva, no caso de não observância das obrigações ali estipuladas (art. 310, § 1º, CPP).

Se assim não for, não haveria razão alguma para a imposição de qualquer medida

cautelar, já que o não atendimento às suas determinações não implicaria qualquer consequência. E, aliado a isso, se tornaria *letra morta* a expressão legal consignada na parte final do citado § 1º do art. 310: *sob pena de revogação*. Revogar para quê?

De se ver, no ponto, que a *revogação* da liberdade vinculada (art. 310, § 1º, CPP) não implica o restabelecimento da prisão! Evidentemente! O que pode ocorrer é a imposição de outra medida cautelar, que se mostre mais efetiva e eficaz que o simples comparecimento aos atos do processo. Observe-se, aliás, que, em princípio, comparecer ou não aos atos do processo dependeria do juízo de conveniência do acusado. Mas, a exigência do art. 310, § 1º, CPP, se justifica como medida cautelar *unicamente em razão da anterior prisão em flagrante*.

Em outra ponta, porém, pensamos ser incabível a imposição de qualquer medida cautelar e, também, da prisão preventiva, quando o juiz, pelos elementos informativos ou de prova da investigação ou do processo, entender presentes as circunstâncias do art. 314, CPP (prova ou elementos de prova da legítima defesa, estado de necessidade etc. – art. 23, CP) e *não houver prisão em flagrante*. Nessa situação, a ausência do flagrante funcionaria como reforço de dúvida quanto à autoria e à materialidade do fato, tal como definido como crime.

Vejamos os demais requisitos.

As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal).

Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.

A prisão preventiva, para assegurar a aplicação da lei penal, contempla as

hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória. É bem de ver, porém, que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu. É claro que em tal situação, e a realidade tem nos mostrado isso, o risco é sempre maior, mas, ainda assim, não é suficiente, por si só, para a decretação da prisão. É nesse sentido a jurisprudência da Suprema Corte (RHC nº 83.179/PE – Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 22.8.2003).

Quando se tratar de *descumprimento* de medida cautelar, impõe-se o esclarecimento acerca da justificativa – ou não – para o desrespeito à obrigação cautelar, antes da decretação da prisão preventiva, salvo quando se tratar de risco evidente e manifesto à aplicação da lei ou à conveniência da instrução (e da investigação). Em princípio, o descumprimento injustificado da cautelar imposta insinua mesmo situação de maior risco à efetividade do processo.

Enquanto as duas primeiras (conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal) são evidentemente instrumentais, ligadas à proteção do processo penal, a prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica tem em mira alvo distinto.

Com efeito, a tutela da ordem pública e da ordem econômica não implica a proteção do processo no curso do qual teria sido decretada, ainda que fundada em fatos que sejam o seu (do processo) conteúdo e objeto.

Em primeiro lugar, acreditamos que a referência expressa à garantia da ordem econômica seja absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela. Aliás, semelhante modalidade de prisão foi incluída no art. 312 do CPP, pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, a chamada Lei Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica, revogada já pela Lei nº 12.529/11.

A se lamentar – e muito – que, tanto tempo depois e com a introdução de tantas alterações em matéria de prisão e de medidas cautelares, tenha se mantido a

expressão *garantia da ordem pública e econômica*.

Na linha de tal raciocínio, que parece ter sido determinante na inclusão da prisão para garantia da ordem econômica, já havia, no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que cuida dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei do Colarinho-Branco), a previsão de decretação de prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada.

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas.

Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública. Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica).

É tempo, então, de examinarmos da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, tema dos mais controvertidos nos tribunais e mesmo na doutrina. Por que razão a Lei nº 13.964/19, em pleno século XXI, resolveu insistir em manter a esdrúxula expressão?

Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia de ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

A expressão *garantia da ordem pública*, todavia, é de dificílima definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a

desordem.

O Direito português, por exemplo, desce a detalhes para esclarecer os requisitos necessários à imposição de quaisquer medidas cautelares, entre as quais poderíamos incluir a prisão preventiva para garantia da ordem pública. Prevê o art. 204, *c*, do CPP de Portugal, a hipótese de "*Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas*."

No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão. A Lei nº 12.403/11 parece ter aceitado essa realidade, prevendo algumas hipóteses de decretação de medidas cautelares *para evitar a prática de infrações penais*, conforme se vê do art. 282, I, CPP.

Houve tempo em que se defendia a prisão preventiva do acusado até mesmo para o fim da proteção de sua integridade física, como se não fosse do Estado a responsabilidade pela atividade não jurisdicional de segurança pública.

Há ainda entendimentos no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir unicamente da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o mencionado sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações.

Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão, é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade. Como se percebe, a questão é bastante complexa.

Parece-nos, entretanto, que, sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores (normatizados)

constitucionais igualmente relevantes. Não estamos nos referindo à segurança pública como mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcionalíssimas.

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. Muitas vezes, ou melhor, na maioria destes crimes, o seu autor assume a autoria do crime e nem sempre em situação que se possa identificar, de pronto, o risco de tortura ou de qualquer outra ilegalidade na obtenção da confissão.

É claro que em tema tão complexo e explosivo todo o cuidado é realmente pouco. Mas não é por isso que a autoridade judicial deve recusar, peremptoriamente, qualquer possibilidade de decretação de prisão para garantia de ordem pública. Infelizmente, a realidade dos dias que voam (já não *corremos* mais!) está a comprovar que o nível de *intolerância* humana atingiu patamares estratosféricos, tenha ela as cores que tiverem (religiosa, étnica, sexual, moral etc.). Não bastasse, o desejo incontrolável de sucesso pessoal e de exposição midiática caminha para um verdadeiro abismo no desrespeito à humanidade intrínseca do *outro*.

A Suprema Corte, no julgamento do HC nº 84.498/BA, Rel. o Min. Joaquim Barbosa, em 14.12.2004, reconheceu a possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, em razão da "*enorme repercussão em comunidade interiorana, além de restarem demonstradas a periculosidade da paciente e a possibilidade de continuação da prática criminosa*". Tratava-se de apuração de homicídio qualificado, praticado contra o cônjuge. Na oportunidade, ficou vencida a Min. Ellen Gracie (*Informativo STF* nº 374, 2.2.2005).

Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidade das instituições públicas poderia servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da

existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Min. Carlos Britto (QO em HC nº 85.298-SP, Rel. para o acórdão, Min. Carlo Britto).

De outra feita, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (Conferir STF – HC nº 89.525-5/GO, 2ª Turma, Rel Min. Gilmar Mendes, *DJ* 9.3.2007; e, ainda, HC nº 92.735/CE, 2ª Turma, Rel. Ceza Peluso, julgado em 8.9.2009).

Note-se que nos exemplos dados a existência de um agrupamento, ou organização, dirigida para a prática de crimes também se incluiria na fundamentação acautelatória, sob o argumento do risco de reiteração criminosa.

Costuma-se desconfiar, e muito, de qualquer juízo antecipatório acerca do risco ou do perigo de novos crimes.

Para além do fato de a maioria esmagadora dos países europeus (Alemanha, Espanha, Portugal, Itália etc.) e também dos Estados Unidos incluírem a possibilidade de reiteração criminosa como hipótese de segregação cautelar, é de se observar que a experiência humana não pode ser inteiramente desconsiderada em determinadas situações da vida social. A direção de veículo por pessoa embriagada, por exemplo, é, em si mesmo, um fator de risco e de perigo a terceiros, ainda que nenhum acidente venha a ser causado no caso concreto.

Do mesmo modo, repita-se um milhão de vezes, a intolerância discriminatória, seja quanto à raça, quanto à opção sexual e até mesmo em relação às paixões desportivas, tem demonstrado os enormes riscos da prática de violência, individual e social, contra pessoas e grupos bem identificados, desafiando, assim, as certezas "científicas" fundadas exatamente na "incerteza do conhecimento".

Para um estudo um pouco mais aprofundado da matéria, prisão para garantia da ordem pública, remetemos o leitor ao nosso *Regimes constitucionais da liberdade provisória*. (2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 61/70), no qual, recorrendo à

legislação comparada (particularmente nos países aqui citados, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal), tentamos demonstrar a viabilidade de sustentação de uma prisão cautelar desta natureza, sempre para casos excepcionais.

Todavia, repetimos: toda a cautela é pouca. A prisão preventiva para garantia da ordem pública somente deve ocorrer em hipóteses de crimes gravíssimos, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, e quando haja o risco de novas investidas criminosas e ainda seja possível constatar uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade (STJ – HC nº 21.282/CE,*DJ* 23.9.2002). Nesse campo, a existência de outros inquéritos policiais e de ações penais propostas contra o réu (ou indiciado) pela prática de delito da mesma natureza poderá, junto com os demais elementos concretos, autorizar um juízo de necessidade da cautela provisória.

Por fim, e já assentado que o clamor público não seria suficiente para a decretação da prisão cautelar, mas apenas um referencial a mais para o seu exame, observa-se que, para a sua efetiva aferição, o julgador deverá levar em consideração os deletérios efeitos da manipulação da opinião pública, normalmente frequente em tais situações, quando o assunto diz respeito aos males (que são muitos) da criminalidade, cujas razões nunca são tratadas seriamente em tais "reportagens".

11.7.2 Requisitos normativos: definição dos crimes passíveis de decretação de prisão preventiva

Não basta, porém, a presença dos chamados requisitos fáticos para a decretação da prisão preventiva. Isso porque, como vimos, o postulado da proporcionalidade impõe algumas restrições em matéria de prisão cautelar, de modo a impedir que a medida deferida seja mais grave e mais intensa que a pena a ser aplicada na ação penal, ao final do processo.

Por isso, dispõe o art. 313 do CPP que a regra geral é a permissão da prisão preventiva para os crimes *dolosos* e cuja pena máxima, privativa da liberdade, seja superior a quatro anos (I). Afasta-se, então, de plano e como regra, a prisão

preventiva *autônoma* para os crimes culposos e para as contravenções penais.

Para os demais crimes dolosos, com pena igual ou inferior a quatro anos, a prisão somente será possível se, presentes também as situações do art. 312, for *reincidente* (art. 64, I, CP) o aprisionado, por condenação passada em julgado pela prática de outro crime doloso (art. 313, CPP).

Nos casos em que houver dúvida quanto à identidade civil do acusado (ou indiciado), pela ausência de elementos idôneos para o respectivo esclarecimento, a prisão preventiva também poderá ser decretada, para quaisquer crimes dolosos, devendo o preso ser colocado em liberdade tão logo seja esclarecida a questão, sem prejuízo da imposição de alguma outra medida cautelar (art. 313, parágrafo único, CPP), que atenda os requisitos do art. 282, I e II, CPP.

Mais.

A Lei nº 11.340/06, que cuida do sistema de proteção à mulher contra a Violência Doméstica e Familiar, já havia incluído modalidade de autorização para a preventiva, quando o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 42).

A Lei nº 12.403/11 manteve a aludida modalidade de prisão preventiva, ampliando-a para a proteção da criança, do adolescente e do idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, de modo a garantir a execução das medidas protetivas previstas em leis (art. 313, III, CPP). Mas note-se. A depender da infração penal, ou seja, a depender da pena cominada, a prisão preventiva nesses casos (art. 313, III, CPP) será decretada apenas*para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*, o que parece indicar a necessidade de imposição anterior das mencionadas cautelares (protetivas de urgência).

Cabe ponderar, no ponto, em relação às medidas protetivas de proteção à mulher, a permanência (validade) do disposto no art. 20 da referida Lei Maria da Penha, que cuida da preventiva em casos de riscos imediatos à pessoa ali tutelada. Cuida-se de legislação especial, não atingida pela superveniência da Lei nº 12.403/11.

De modo que regra geral da exigência de crimes dolosos com pena privativa da liberdade superior a quatro anos para a decretação da preventiva se refere à modalidade autônoma desta cautelar, não contemplando as situações do art. 313, II e III, e demais exceções aqui apontadas.

Do mesmo modo, no caso de descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas (art. 282, § 4º, CPP), a decretação da preventiva não exigirá as situações do art. 313, devendo atentar-se apenas para os requisitos do art. 312, consoante se extrai do seu parágrafo único. Nesse caso, a preventiva não é *autônoma*, mas *subsidiária*.

11.7.2.1 Exceções ao teto do art. 313, I, CPP

A primeira exceção ao limite do art. 313, I, já tivemos oportunidade de apontar: trata-se do crime de associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal, bem como dos crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148, CP), cuja sanção máxima é de três anos.

Para nós, a exceção se justifica no plano da interpretação isolada da Lei nº 12.403/11 e também no âmbito do sistema geral de cautelares.

Observe-se que a aludida legislação *manteve*, sem ressalvas, a prisão temporária, conforme se vê do art. 283, *caput*, do CPP.

E na Lei nº 7.960/89, instituída em atenção à complexidade na investigação e na gravidade intrínseca de algumas infrações penais, é prevista a possibilidade de decretação da prisão preventiva *quando esgotado* o prazo máximo da prisão temporária. É dizer, conservou-se a regra legal de *manutenção* da prisão temporária, *desde que presentes* os requisitos do art. 312, CPP.

Por isso, e porque se trata de crimes com grande potencial lesivo – ainda que a pena máxima não supere três anos – não vemos como recusar o cabimento da decretação, não só da temporária, mas também da prisão preventiva para tais delitos. Aliás, tais considerações talvez sequer se fizessem necessárias, a partir de outras que faremos a seguir. É que os delitos de associação criminosa *sempre vêm acompanhados* de outros, a eles *conexos*.

Observe-se que, próximo ao tipo penal do art. 288, CP, gravitavam algumas referências legislativas às organizações criminosas, sem que, contudo, se fizesse a instituição de um tipo penal que as definisse. A Lei nº 12.694/12, por exemplo, além de outras providências, autoriza a formação dos Colegiados de primeiro grau (três juízes de primeira instância) para o julgamento de casos envolvendo organizações ou estruturas criminosas hierarquizadas (art. 2º), quando houver risco à integridade do juiz do processo. Aludida legislação, portanto, apresentava um conceito de organização criminosa para fins específicos.

Como no Brasil a velocidade das alterações legislativas supera qualquer limite do razoável, a Lei nº 12.850/13 veio logo a seguir (àquela, nº 12.694/12), e para dar contornos finais ao conceito de organização criminosa. Aliás, somente agora se pode falar na instituição de um tipo penal de organização criminosa. A Lei nº 12.694/12 apenas se referia à estrutura organizada e hierarquizada que justificaria a formação dos Colegiados de primeira instância, em caso de ameaça à integridade do magistrado, não criando nenhum delito dessa natureza. De todo modo, a organização ali referida se reporta à associação para a prática de crimes cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, o que se alinha ao teto do art. 313, I, CPP.

A segunda exceção ao *teto* do art. 313, CPP, se refere aos *concursos de crimes* (material, formal e continuado), na conformidade dos arts. 69, 70 e 71 do CP, quando a somatória, em abstrato, das penas cominadas aos delitos atingir o limite do citado art. 313, I (superior a quatro anos).

E nem estamos a sustentar qualquer novidade.

Veja-se, de início, que há súmulas de jurisprudência tratando de questões semelhantes, dando-lhes a mesma solução aqui preconizada.

Com efeito, a Súmula 81 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que: "*Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão*."

E a Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal dispõe que: "*Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) for*

superior a 1 (um) ano."

É dizer: o juízo acerca da inviabilidade da prisão preventiva *autônoma*, com observância do teto da pena superior a quatro anos, é, sim, de *proporcionalidade*, no sentido da máxima de proibição do excesso. Quer-se, então, evitar-se a imposição de medida cautelar – provisória, portanto! – mais onerosa que os resultados finais do processo. Mas, tudo isso, do ponto de vista do *prognóstico!*

Quando se pensou no art. 44, I, CP, relativo à substituição da pena privativa por penas restritivas de direito, para fins de delimitação do *teto* do art. 313, I, CPP, não se levou em consideração o disposto no inciso II e III do mesmo dispositivo, que tratam de *condicionamentos* à substituição, no caso de *reincidência em crime doloso* e de circunstâncias pessoais desfavoráveis. E por quê? Porque se estava legislando apenas *a regra;* as exceções devem vir acompanhadas das respectivas fundamentações.

Colhem-se já em jurisprudência nos Tribunais Superiores pequenos indicativos de entendimento nesse sentido: STF – HC nº 107.617/ES – Rel. Min. Gilmar Mendes 23.8.2011, julg. em 23.8.2011. E, ainda, STJ – HC nº 170.443-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJE*, 8.9.2011.

Aquele que responde a mais de uma ação penal pode ter contra si um juízo ou *prognóstico* desfavorável no que toca à efetiva imposição da pena, se a somatória das sanções ultrapassarem quatro anos. Aí, aquele juízo de proporcionalidade que justificou a *regra* do art. 313, I, haverá que ceder à *exceção* do concurso de crimes e do cúmulo material das penas. Do mesmíssimo modo que ocorreu nas citadas Súmulas 81 do STJ e 723 do STF, ambas cuidando do exercício de direitos subjetivos.

A ressalva que fazemos é que, em princípio, tais concursos de crimes deverão ser objetos de *reunião* de processos, por conexão ou por continência, de modo a deixar em mãos de um único juiz o exame da pertinência e do cabimento e adequação da decretação da prisão, ou da imposição de outras cautelares.

Não existindo conexão entre as infrações – caso, por exemplo, do concurso *material* – apenas o exame de cada hipótese concreta é que poderá oferecer uma

solução mais adequada, na medida em que, não havendo a reunião de processos, o acusado estaria submetido à jurisdições diferentes, sem a possibilidade de uma análise mais completa acerca do prognóstico de possível condenação a penas superiores a quatro anos.

Pelas mesmas razões, a existência de vários inquéritos policiais pode não ser suficiente para a decretação da preventiva, se não estiverem sob a jurisdição de um mesmo juiz. No entanto, a imposição de diversas cautelares poderia resolver a questão, a depender de cada caso concreto.

Se, porém, o grande número de incidências policiais vier acompanhado da repetição de infrações de mesma ou de semelhante natureza, o risco de reiteração criminosa poderá justificar o manejo imediato da prisão preventiva. Ex.: na reiteração frequente de furtos simples, o que adiantaria impor o comparecimento periódico à sede do juízo; o recolhimento noturno (incabível, se o investigado não tiver ocupação fixa); a proibição de frequência de determinados lugares; a fiança (quase sempre se cuidará de pessoas pobres) ou outra cautelar do mesmo *jaez*?

Em resumo: o limite do art. 313, I, atende a critérios *objetivos* de proporção entre a medida cautelar e o resultado final do processo. Por isso, em *regra*, aplica-se aos casos de um único processo (ou inquérito). Havendo outras infrações, a *proporção* poderá ser alterada, do mesmo modo que o fazem o já referido art. 44, II e III, do CP a regular o cabimento da substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos.

E a terceira exceção, que, aliás, já antecipamos no item anterior, diz respeito ao disposto no art. 20 da chamada Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06, que cuida das medidas protetivas de urgência em favor da mulher nas infrações que configurem violência doméstica, sobretudo quando houver o risco de reiteração da conduta e não se revelar adequada outra medida cautelar, diversa da prisão. É nesse sentido decisão do Superior Tribunal de Justiça, já aqui mencionada: STJ – HC 170.443-DF, Rel Min. Laurita Vaz, *DJE*, 8.9.2011.

Além, é claro, das hipóteses mencionadas no art. 313, II, III e seu parágrafo único Nesses casos, não se aplicará a restrição do teto do art. 313, I, até porque, se assim

não fosse, haveria que se exigir a presença cumulativa de todos os incisos do citado art. 313 para a decretação de preventiva, o que soa absolutamente sem sentido, diante das especificidades de cada um.

11.7.3 Prazo: a construção jurisprudencial

Ao contrário de algumas legislações, o Código de Processo Penal não prevê prazo expresso para a duração da prisão preventiva e nem das demais cautelares, embora determine que o juízo reveja sua decisão a cada 90 dias, seja para mantê-la ou revogá-la (art. 316, parágrafo único). A única exceção em nossa legislação encontra-se na Lei nº 12.850/13, que cuida das ações praticadas por organizações criminosas, cujo art. 22 estabelece o prazo de 120 dias, prorrogáveis por igual período, para o encerramento da instrução, quando preso o acusado. Ver item 14.7.8, para maiores detalhes.

Na realidade, a fixação em lei do mencionado prazo, de 81 dias, quando se tratar de réu preso, tem a sua origem em construção jurisprudencial, firmada, ao longo desses anos, em consideração aos prazos legais fixados para a prática de atos processuais no processo penal.

Entendendo que a ausência, no CPP, de fixação de prazo certo para a duração da prisão preventiva deixava o acusado inteiramente à mercê do Estado, nossa jurisprudência elaborou entendimento segundo o qual, cuidando-se de réu preso provisoriamente no curso da ação penal, esta deveria estar concluída nos prazos previstos em lei, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal. A hipótese, então, estaria a ensejar o *habeas corpus*, com fundamento no art. 648, II, do CPP, cujo comando considera ilegal a coação "*quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei*".

Então, do somatório dos prazos para o estabelecimento do que seria o prazo legal para o encerramento da ação penal, alcançou-se o total de 81 dias (de 101 dias, se prorrogado o prazo de 15 dias para a conclusão do inquérito, no âmbito da Justiça Federal), levando-se em consideração desde os prazos para conclusão do inquérito

até o prazo para a prolação da sentença, nos termos do art. 800, I, § 3º, do CPP. Referido prazo se referia ao somatório dos prazos apenas no rito comum, ordinário, sendo perfeitamente válida a argumentação no sentido de que, tratando-se de outro rito processual, referido prazo deveria ser alterado e adequado aos limites da lei.

Posteriormente, passou-se ao entendimento de que o prazo de 81 dias deveria ser observado até o final da instrução criminal, entendendo-se, por essa, no processo comum ordinário, a fase do antigo art. 499, reservada a diligências finais, e hoje integralmente modificado. Este é o entendimento que prevalece na jurisprudência de nossos tribunais superiores, consoante anota Delmanto Júnior (1998, p. 298-299), tendo o E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sumulado a questão, consoante se vê na Súmula 52, nesses termos: "*Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo*." A Súmula 21 da mesma Corte é no mesmo sentido, referindo-se, porém, à decisão de pronúncia, nos procedimentos do Tribunal do Júri, para o fim de superar a alegação de excesso de prazo.

A Lei nº 11.719/08, no entanto, veio modificar totalmente os ritos procedimentais do processo comum, ordinário e sumário, com o que haverá que ser feita outra contagem de prazos para a aplicação da antiga jurisprudência.

A contagem do prazo terá início com a prisão do acusado, seja ela preventiva, seja ela decorrente de flagrante delito, *convertida* (em preventiva) em razão da existência de seus requisitos (art. 310, II, parágrafo único, CPP). É que, a partir da prisão, terá início a contagem de prazo para o encerramento do inquérito policial (dez dias na Justiça Estadual; 15 dias, prorrogáveis, na Justiça Federal), seguindo-se os demais atos processuais (oferecimento da denúncia e início da instrução criminal).

A nosso aviso, a contagem, no rito ordinário, chegará aos 86 dias, como regra (e de 107 dias, na Justiça Federal), ressalvadas circunstâncias específicas de cada caso concreto:

a) 10 (dez) dias, ou 15 (quinze) na Justiça Federal, prorrogáveis, para a conclusão das investigações;
b) 5 (cinco) dias para o oferecimento de denúncia;

c) 10 (dez) dias para a resposta escrita (art. 396, CPP);
d) até 60 (sessenta) dias para a audiência de instrução (art. 400, CPP), a serem acrescidos do prazo de 24 horas para a decisão de recebimento da peça acusatória, e, eventualmente, do prazo de prisão temporária (Lei nº 7.690/89).

No processo do Tribunal do Júri, o prazo de conclusão do procedimento reservado à acusação e à instrução preliminar é de 90 dias (art. 412, CPP), aos quais se somaria o prazo de prisão anterior (preventiva e temporária, se houver) ao recebimento da denúncia ou queixa.

Eventuais atrasos na conclusão da instrução, se não imputáveis à defesa, não deverão ter o condão de ampliar o aludido prazo.

Todavia, quando se tratar de instrução complexa ou de pluralidade excessiva de réus, o rito ordinário poderá ser ampliado em mais 20 dias, sendo 5 para cada parte e 10 para o juiz sentenciar. Pensamos, porém, que, mesmo nessas situações, ressalvados casos excepcionais (gravidade do crime e dificuldade comprovada de produção da prova), não se deverá ampliar o prazo de 86 dias.

O mesmo poderá ocorrer quando houver a necessidade de antecipação da inquirição de pessoas submetidas às regras de proteção à testemunha (Lei nº 9.807/99), por força do disposto no art. 19-A, com redação dada pela Lei nº 12.483/11. Na verdade, o que se espera em tais situações é exatamente o contrário: a aceleração do procedimento!

Por se tratar de somatório de prazos específicos, isto é, estipulados para a prática de atos processuais isolados, é perfeitamente ponderável a observação segundo a qual o excesso de prazo estaria caracterizado pelo descumprimento de qualquer um deles. Em outros termos: a contagem seria feita de modo isolado, e não globalmente.

Anota, porém, o já citado Delmanto Júnior, em obra obrigatória sobre o tema (1998, p. 218), que o entendimento francamente majoritário é no sentido da contagem global. Por contagem global deve-se reconhecer a possibilidade de manutenção da prisão, ainda que superado determinado prazo processual pela acusação, durante a instrução, ao entendimento de que, em tese, seria possível a compensação do prazo

então superado, nas etapas seguintes.

Estamos em que semelhante ponto de vista pode até ser aceitável, mas unicamente como exceção, nunca como regra. Determinadas infrações penais, quando, por exemplo, praticadas com violência e/ou grave ameaça, envolvendo um número elevado de autores e partícipes, sobretudo quando reunidos em associação ou organização criminosa, certamente poderiam justificar a superação de um excesso de prazo, desde que ainda possível a sua recuperação nas etapas procedimentais posteriores. Nessa situação, a complexidade da investigação e o risco potencial decorrente da soltura dos agentes reclamariam a adoção de critérios de maior flexibilidade na interpretação da lei.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ – HC nº 23.304/AC Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma,*DJ* 17.2.2003), aceitando dilação do prazo para a conclusão das investigações, diante da complexidade da matéria. Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal (STF – HC nº 89.525-5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilma Mendes, *DJ* 9.3.2007).

Excedido que seja o prazo na prisão cautelar, impor-se-á o seu relaxamento, seja pela via do *habeas corpus*, seja *ex officio*, pelo tribunal, na apreciação de eventual recurso. E isso, independentemente da natureza do crime em apuração. É ver a Súmula 697 da Suprema Corte: "*A proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo*." Note-se, no ponto, que a aludida Súmula já foi superada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se verá no item 11.12.

Em resumo: a regra é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, somente se admitindo a sua não observância em situações excepcionais, em que se exija uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância.

11.7.4 Prisão preventiva ex officio

Nos termos do art. 311 do CPP, na fase de investigação ou durante o processo, a qualquer tempo, a prisão preventiva poderá ser requerida pelo Ministério Público, pelo querelante (na ação privada) e pelo assistente, além da capacidade de representação da autoridade policial.

Uma observação já se impõe: a assistência da acusação somente tem início no curso da ação penal, ou seja, na fase de processo (art. 268, CPP), daí por que incorreto afirmar-se possível o requerimento do assistente para a decretação da preventiva na fase preliminar, investigatória, tal como consta do disposto no citado art. 311, CPP.

Antes da modificação operada pela Lei 13.964/19 o juiz poderia decretar a prisão preventiva *de ofício*, se – e somente se – quando durante a *fase processual*.

Cumpre examinar, mais uma vez, a objeção que vinha sendo feita (e acabou sendo acatada pelo legislador) acerca da possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva no curso da ação penal, ou seja, na fase de processo. A questão situa-se em torno de eventual violação ao sistema acusatório que teria sido adotado na Constituição da República.

O que nos parece longe de dúvidas é que a referida normatização constitucional afastou o juiz das funções investigatórias, de modo a preservar ao máximo a sua imparcialidade. Para essas funções (de investigação), foram instituídos (ou reconhecidos) o Ministério Público (arts. 127 e seguintes) e a Polícia Judiciária (art 144). Daí o acerto da Lei nº 12.403/11 em vedar referida iniciativa ao magistrado na fase de investigação, consoante se acha disposto no art. 311, CPP.

E daí também a inconstitucionalidade manifesta da inovação trazida pela Lei nº 11.690/08, na parte em que esta, modificando o art. 156, CPP, autoriza o juiz a determinar a produção de prova, de ofício, na fase de investigação (art. 156, I, CPP).

Como vimos, a chamada prisão temporária (Lei nº 7.960/89), que tem por destinação, unicamente, a tutela da fase de investigação policial, não contempla a possibilidade de sua decretação quando já em curso a ação penal. E vimos, ainda, que, na prisão temporária, é vedada ao juiz a decretação de prisão *ex officio*, opção

legislativa absolutamente correta, tendo em vista que referida prisão (temporária) presta-se a tutelar tão somente a investigação criminal. Ora, se assim é, parece irrecusável a conclusão no sentido de que o juiz deve manter-se afastado da fase investigatória, evitando-se, sempre que possível, o seu (dele, juiz) contato com o material probatório; afinal, referido material destina-se ao Ministério Público.

Evidentemente, o que se está afirmando não impede (nem poderia) a atuação jurisdicional *no processo*, que vem a ser o local apropriado para a manifestação do Poder Judiciário. É missão constitucional do referido Poder Público a tutela das liberdades públicas, no exercício da qual caberá a ele, unicamente, a imposição de medidas cautelares (art. 319, CPP), a decretação de prisões, a expedição de mandados de busca e apreensão, a preservação das liberdades individuais e, enfim, a determinação de todas e quaisquer restrições de direito. E, ao mesmo tempo, como visto, compete também ao Judiciário a proteção da efetividade do processo, adotando medidas que preservem os interesses da Justiça Penal.

Todavia, o fato de caber a ele o exercício de tais poderes não implica que tal função se realize, sempre, de ofício. Será *ex officio* quando se tratar da tutela de direitos individuais, até porque a missão de proteção aos direitos fundamentais é a finalidade, primeira e última, de um Estado Democrático de Direito.

Quando cuidar-se de medidas destinadas a proteger a efetividade da persecução penal, isto é, de providências que têm por objetivo assegurar a aplicabilidade do Direito Penal, na fase de investigação, tal a hipótese das cautelares, das prisões preventivas e temporárias, caberá aos seus destinatários, isto é, destinatários da missão de promoção ativa da persecução penal, tanto sob a perspectiva dos meios (Polícia) quanto dos fins (Ministério Público), a iniciativa para o exame de sua necessidade.

A exceção (que permanece mesmo após a Lei 13.964/19!), e já veremos a sua justificativa, quando do exame da *liberdade provisória*, fica por conta da *conversão* do flagrante em preventiva, desde que não fundamentado *em conveniência da investigação ou da instrução criminal*. Nos demais casos do art. 312 (e observado o limite do art. 313, I, na fase de flagrante), ou seja, para garantia da ordem pública e

para garantir a aplicação da lei penal (esse, em hipóteses muito remotas, diante da insuficiência de elementos concretos nesse sentido), nada obsta a atuação de ofício do juiz, diante do quadro de gravidade emanada dos autos de prisão em flagrante.

No entanto, quando já tiver sido instaurada a ação penal, o Juiz Criminal deve dispor de instrumentais necessários à garantia da efetividade do processo, sobretudo porque o interesse jurídico posto ali não é, nem se assemelha, a um interesse de parte. A relação, ou relações jurídicas, ou, enfim, a situação jurídica que define o processo penal é completamente distinta daquela(s) do processo civil. Não se busca naquele (processo penal) a satisfação de um interesse exclusivo do autor, mas de toda a comunidade jurídica, potencialmente atingida pela infração penal.

É por isso que não se pode deixar ao critério exclusivo do Ministério Público, ou do querelante, o juízo acerca da necessidade de proteção efetiva do processo em curso, dado que o processo não é do interesse exclusivo de ambos; muito ao contrário, a aplicação do direito material ali veiculado funciona na ordem de proteção, preventiva, dos direitos fundamentais. Afinal, para que existiria a intervenção penal estatal senão para a proteção dos apontados direitos? Assim não pareceu ao legislador, todavia.

De tudo quanto se disse, chega-se a algumas conclusões, a saber:

a) a prisão preventiva, seja na fase de investigação ou durante o processo, somente pode ser decretada a requerimento dos responsáveis pela investigação e legitimados à persecução em juízo. A única exceção é quando se trata de *conversão* de prisão em flagrante em preventiva, que pode ser realizada *de ofício* pelo magistrado (desde que o fundamento não seja a *conveniência da investigação ou da instrução criminal*);
b) Após a *primeira* decretação de prisão preventiva, o juiz pode – agora sim de ofício! – *voltar a decretá-la*, caso ela tenha sido anteriormente revogada ou substituída, se sobrevierem razões que a justifiquem.

11.7.5 Vedação legal à prisão preventiva

Tema dos mais esquecidos é o que diz respeito à vedação de prisão cautelar – ressalvado o flagrante delito – em período eleitoral.

Nos termos do disposto no *caput* do art. 236 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), é vedada a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período de cinco dias antes e 48 horas depois do encerramento das eleições, salvo em flagrante delito, em virtude de sentença penal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

Em relação às ressalvas, observamos que a violação a salvo-conduto, por si só, já poderia constituir infração penal (e, daí, flagrante delito), seja por abuso de autoridade, seja por constrangimento ilegal. Já com referência à prisão decorrente de sentença penal condenatória por crime inafiançável, é de se ver que há de ser exigido o trânsito em julgado da mesma, já que a prisão não seria propriamente cautelar.

De outro lado, o § 1º do citado art. 236 prevê que os membros de mesa receptora e os fiscais do partido, bem como todos os candidatos, gozarão do mesmo benefício, vedada a prisão ou detenção, porém, 15 dias antes das eleições (e, também, 48 horas depois).

Tratando-se de norma que amplia o uso das liberdades públicas, não vemos por que infirmá-las, sob qualquer perspectiva, ainda que reconheçamos ser o Código Eleitoral fruto de conturbado período político, no qual as garantias individuais jamais constituíram o horizonte dos governantes. Mesmo a distinção entre candidatos (e mesários) e os demais eleitores é aceitável, se entendermos que a lisura e a legitimidade do processo eleitoral são, efetivamente, fundamentais para a construção da democracia. Nesse passo, a tranquilidade de seus participantes há mesmo de ser preservada nos períodos nos quais a disputa tende a se acirrar. É de se lembrar que o exercício do direito ao voto e do direito a ser votado expressa direito político fundamental, reconhecido expressamente na Carta de 1988.

Embora a lei (Código Eleitoral) não se refira à prisão temporária, cumpre assinalar a desnecessidade de qualquer referência expressa, para estender também a ela (a temporária) a vedação contida no citado art. 236 do Código Eleitoral.

Em primeiro lugar, porque tanto a prisão preventiva quanto a temporária são prisões de natureza cautelares, devendo, no ponto, receber o mesmo tratamento.

Em segundo lugar, porque, ao tempo do Código Eleitoral, não existia ainda a prisão temporária, daí por que impossível qualquer referência legislativa a ela.

Já em relação às cautelares previstas no art. 319, CPP, pensamos que, em princípio, elas seriam até cabíveis e adequadas ao universo eleitoral.

No entanto, a sua aplicação somente seria possível *por analogia*, dado que a Lei nº 12.403/11 cuida de normas *gerais*, enquanto a matéria eleitoral se põe como *especial*, impedindo o processo de *revogação* desta por aquela.

E, assim, deve-se recusar a possibilidade de seu cabimento *nos períodos e nas circunstâncias aqui mencionadas*, na exata medida em que elas, cautelares, seriam mais gravosas que a regra da liberdade prevista na legislação eleitoral.

Fora desses casos, quando cabível a preventiva, também serão possíveis e cabíveis as cautelares dos arts. 319 e 320, CPP.

11.8 Prisão domiciliar

A Lei nº 12.403/11 inova também ao prever outra modalidade de medida cautelar, ainda que semelhante às prisões.

Trata-se da *prisão domiciliar*, prevista no art. 317, CPP, que determina o recolhimento *permanente* do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa.

A prisão domiciliar, portanto, não se inclui como alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas previstas no art. 319. Ela somente será aplicada *como substitutivo* da prisão preventiva e desde que estejam presentes algumas das hipóteses arroladas no art. 318, CPP, ou seja:

"I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos ou com deficiência;

IV – gestante;

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos."

Todas essas situações demandarão prova cabal e idônea.

Em relação às questões de natureza mais subjetiva, tal como ocorre em relação à comprovação da *necessidade de cuidados especiais* do menor de seis anos ou deficiente, ou da doença grave, há que se exigir prova técnica, nos casos em que sejam necessários diagnósticos e atestados médicos e comprovação fática das circunstâncias pessoais do acusado, a fim de se demonstrar a necessidade da sua presença na residência.

Evidentemente, nessas situações, o menor haverá que residir no local, com a ressalva da hipótese prevista no inciso V. A respeito deste dispositivo, recentemente acrescentado ao Código de Processo Penal por força da Lei 13.257/2016, entendemos que o legislador criou inaceitável desproporção no que se refere aos papéis da maternidade e da paternidade na formação e proteção da infância, indo na contramão da evolução do direito parental. A substituição da prisão preventiva pela domiciliar de quem é pai está condicionada a ser ele o único responsável pelos cuidados de filho de até doze anos; no caso da mulher, o único requisito é a maternidade. Nos termos da lei, portanto, mesmo que a mulher more em outro estado da federação, ou pior, que tenha sido destituída do poder familiar em relação ao filho, poderá ainda assim se beneficiar da substituição da prisão, supostamente em atendimento ao interesse da criança. Igual regramento não se estende ao pai, mesmo que ele conviva diariamente com o filho, coabitando a residência e participando ativamente de sua criação e desenvolvimento pessoal, salvo se for o *único* responsável.

Pensamos, então, que melhor seria se o inciso V contivesse a mesma ressalva presente no VI. Não foi esse, porém, o raciocínio do legislador, que optou por diferenciar expressamente as duas condições. Além disso, a Lei 13.769/2018 reforça ainda mais essa distinção entre os gêneros, ao dispor que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, quando se tratar de crime cometido

sem violência e que não foi praticado contra o filho ou dependente – sem que igual prerrogativa tenha sido concedida aos homens.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça operou relevante *adendo* às novas regras, ao julgar (HC nº 487.763/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5 Turma, por unanimidade, julgado em 02.04.2019) que, na hipótese específica do inciso V, a prisão domiciliar pode ser aplicada inclusive na fase de *execução da pena*, ou seja, mesmo em se tratando de presa definitiva. O raciocínio nos soa correto, sobretudo em se considerando a Lei de Execução Penal, que em seu art. 117 faz referência à mãe com filho *menor* ou com deficiência como uma das possibilidades de recolhimento em prisão domiciliar.

Ao contrário dos incisos V e VI, criados pela Lei 13.257/2016, que se referem a hipóteses de filiação (ainda que adotiva ou socioafetiva, já que a lei não faz distinção – e nem poderia fazê-lo!), quando se tratar do inciso III não há de se exigir parentesco de primeiro grau, mas relação de dependência imediata e direta, ainda que sob regime informal.

Não podemos deixar de fazer algumas ponderações a respeito do tema, não enfrentadas na edição deste *Curso* que se seguiu à publicação da Lei nº 12.403/11.

O que deveria justificar a adoção da prisão domiciliar é a *incapacidade efetiva e concreta* da administração de atividades criminosas por parte daquele que a ela, objetivamente, atende aos requisitos legais.

Com efeito, quando se tratar de organizações criminosas, determinadas pessoas, que comprovadamente (segundo os dados disponíveis, é claro!) exerçam função de liderança nos aludidos grupos, podem, em tese, deixar de ter direito à pretendida substituição da preventiva. Naturalmente, estamos a nos referir a situações de *notória* liderança e não de meras especulações no curso de inquéritos ou de ações penais ainda em tramitação. O *Direito* há de seguir sempre sua sina e rotina: é *regra*, mas é também *exceção*.

Um último alerta: em 2016, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 56, cujo enunciado autoriza que, cumpridos certos requisitos, seja a pena cumprida em prisão domiciliar caso não haja estabelecimento penal adequado

ao regime imposto na condenação. O STJ definiu (RHC nº 99.006/PA, Rel. Mir Jorge Mussi, por unanimidade, julgado em 07.02.2019), acertadamente, que a norma se refere somente ao preso definitivo (ou àquele em cumprimento *provisório* da pena, após a condenação em segundo grau, segundo a inaceitável tese que hoje prevalece nos tribunais), jamais ao preso provisório. Assim, não há como estender o benefício à prisão preventiva.

11.9 O ato prisional: generalidades

O Código de Processo Penal enumera algumas situações e alguns procedimentos específicos em relação aos atos prisionais, cuja leitura, como tudo o mais referente ao tema, deve ser feita com as necessárias cautelas.

Observe-se, por primeiro, que, *em toda prisão*, o preso será *informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal* (o direito a permanecer em silêncio, de comunicação de sua prisão aos familiares, de constituir advogado imediatamente, dos motivos de sua prisão e o nome de seus executores).

Quanto à confissão obtida sem o esclarecimento do direito ao silêncio – o famoso julgamento *Arizona* x *Miranda*, nos EUA, em 1966 – essa é uma regra cuja inobservância não tem os mesmos efeitos em países com o Brasil, na medida em que, aqui, a confissão prestada unicamente na polícia, ou na fase de investigação, não tem o valor da aludida prova (da confissão), quando não confirmada em juízo. A sua consequência, portanto, nem sempre deverá ser o *relaxamento* da prisão, conforme certamente se alegará em muitos setores do pensamento penal nacional, quando apenas se deixar de informar a ele o direito ao silêncio (art. 289-A, § 4º, CPP). Nesse caso, e apenas nesse, a consequência se limitaria à invalidade completa da eventual confissão.

A Lei nº 12.403/11, com a atual redação dada do art. 306, CPP, insinua possível alteração de salutar regra contida na Lei nº 11.449/07, que trata da necessidade de comunicação *incontinenti* da prisão à Defensoria Pública, limitando-a aos familiares, ao Ministério Público e ao Juiz competente (art. 306). Note-se, contudo, que o art

289-A, § 4º, CPP, prevê a comunicação da Defensoria Pública já no momento da prisão, desde que o autuado não informe o nome de seu advogado.

Há, então, uma distinção. Uma coisa é a *comunicação* da prisão; outra, o encaminhamento do *auto de prisão em flagrante*. Por isso, pensamos equivocada a Lei no ponto em que não exige o encaminhamento de cópias do flagrante ao Ministério Público, limitando a providência apenas ao juiz e à Defensoria Pública, quando o aprisionado não indicar advogado no momento da prisão (art. 306, § 1º, CPP). A nosso juízo, o Ministério Público, como e enquanto *fiscal da legalidade* de todo ato prisional deverá tanto ser comunicado da prisão quanto receber cópia do auto de prisão em flagrante.

Feito isso, a autoridade policial deverá encaminhar o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, em vinte e quatro horas. Se o aprisionado não tiver indicado o nome de seu advogado, cópias do auto de prisão serão encaminhadas também à Defensoria Pública (art. 306, § 1º). Na mesma ocasião, se entregará ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, da qual deverão constar: (a) o motivo da prisão; (b) o nome do condutor e das testemunhas do ato; (c) a assinatura da autoridade (art. 306, § 2º).

A prisão poderá ser feita em qualquer dia e qualquer hora, respeitadas as restrições atinentes à regra da inviolabilidade do domicílio (art. 283, § 2º), que reproduz determinação constitucional prevista no art. 5º, XI, da CF, que garante ser inviolável o domicílio, nele somente podendo adentrar, de dia, por ordem escrita da autoridade judiciária competente, ou, à noite, em caso de flagrante delito ou com o consentimento do morador.

Com isso:

a) a prisão, *por* e *com* mandado judicial, somente poderá ser realizada de dia, isto é, até as 18 horas (quando se pode considerar, como regra, o final do expediente de trabalho e, assim, o horário noturno, reservado ao descanso e sossego do morador);
b) à noite, se não o consentir o morador, a prisão somente poderá ser realizada em

> situação de flagrante delito em curso, naquele momento, no interior da residência. Do contrário, se à noite, não sendo a hipótese de flagrante e, sim, de prisão por mandado judicial, o executor do mandado deverá guardar todas as saídas do local, e, tão logo amanheça o dia, o que se pode considerar a partir das 6 horas, arrombar as portas da casa, na presença de duas testemunhas, se, intimado o morador (seja ele ou não a pessoa a ser aprisionada), este não autorizar o seu ingresso (art. 293, CPP).

Na hipótese de o morador se recusar a entregar a pessoa, de maneira a se caracterizar possível prática de crime de favorecimento (art. 348, CP), o executor do mandado poderá con-duzi-la à autoridade policial para a lavratura do flagrante (art. 293, parágrafo único, CPP).

As prisões, seja em flagrante, seja por mandado judicial, serão efetuadas sem o emprego de força, salvo a indispensável para vencer eventual resistência ou eventual tentativa de fuga (art. 284), ainda que a resistência seja produzida por terceiros, quando, então, será lavrado o respectivo auto (de resistência), na presença de duas testemunhas (art. 292). Nesse campo, o emprego de armas *exclusivamente* para evitar a fuga não pode ser aceito como meio indispensável para vencer a resistência, podendo constituir, isso sim, dependendo do caso concreto, crime doloso contra a vida.

Na prisão por mandado judicial, o executor deverá apresentar o aludido instrumento (mandado) ao conduzido, entregando a este uma cópia acompanhada da declaração do dia, hora e lugar da diligência, mediante recibo; no caso de recusa, ou não sabendo ou não podendo o aprisionado assinar, o fato será registrado em declaração escrita, na presença de duas testemunhas (arts. 286 e 291, CPP).

Também será exigida a apresentação do mandado ao carcereiro ou a quem cumpra essa função, para o efetivo recolhimento do preso, entregando-se àquele a cópia do mandado ou guia (na execução de sentença), mediante recibo de entrega do aprisionado, com declaração de dia e hora (art. 288).

Dizia (e diz, porquanto não revogado expressamente) o art. 287, CPP, que,

tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para realização de audiência de custódia. Reputamos encontrar-se tacitamente revogado semelhante dispositivo, não só pela exigência constitucional de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, mas por manifesta incompatibilidade com todo o sistema de garantias constitutivo do devido processo legal, cuja violação poderá alimentar abusos e atuações contrárias ao direito por parte das autoridades policiais. A exibição do mandado é, para nós, requisito essencial para a prática do ato. Observe-se, porém, que o exame de cada caso concreto poderá, eventualmente, afastar a ilegalidade e a nulidade da atuação, na hipótese em que a perseguição for evidentemente pública e notória.

A prisão poderá ainda ser feita por meio de precatória, quando o indiciado ou réu estiver fora da jurisdição da autoridade judicial, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado (art. 289, *caput*).

Nos termos do § 1º do referido dispositivo (art. 289), se houver urgência, a prisão poderá ser requisitada pelo juiz por qualquer meio de comunicação, devendo conter as razões da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as providências necessárias para constatar a autenticidade da comunicação (fac-símile, correio eletrônico etc.), conforme o disposto no art. 289, § 2º, e, nas prisões no mesmo território do juiz processante, bastará a apresentação do mandado, segundo a regra do art. 299, ambos do CPP.

Para fins de facilitar o cumprimento de prisão daquele que se encontrar fora do território em que tramitar a investigação ou o processo, a Lei nº 12.403/11 instituiu alteração das mais esperadas, diante dos avanços tecnológicos da era pós-moderna.

Trata-se da introdução de *banco de dados* ou, melhor, *de mandados de prisão*, a ser mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

A partir da criação desse banco de dados, os mandados de prisão serão ali registrados (art. 289-A, CPP), para fins de acesso das autoridades executoras das prisões por mandado.

Nesse passo, qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada pelo mandado devidamente registrado, ainda que exerça suas funções fora do território de jurisdição do juiz responsável pela sua expedição (dele, mandado).

Diz a lei que qualquer agente policial também poderá executar uma prisão já decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, caso em que, após certificar-se da autenticidade do mandado a ele repassado, deverá comunicar ao ato ao juiz, que determinará o registro do mandado (art. 289-A, § 2º).

Nas hipóteses de prisões executadas com base em mandados registrados, a prisão será também imediatamente comunicada ao juiz local (da prisão), o qual providenciará a certidão extraída do registro no Conselho (CNJ).

Caberá ao Conselho Nacional de Justiça a regulamentação do registro do mandado de prisão aqui mencionado (art. 289-A, § 6º).

No caso de haver perseguição, seja em flagrante delito, seja em cumprimento de mandado judicial, o agente de polícia poderá efetuar a prisão em qualquer lugar em que for alcançado o perseguido, devendo, então, apresentar o preso à autoridade local, que lavrará o auto de prisão (se de flagrante se tratar). Nesta hipótese, a audiência de custódia deverá ser feita perante o juízo local, pois não se aceita videoconferência para esta modalidade de audiência.

Caberá ao juiz processante, ou seja, aquele perante o qual tramita a ação penal (ou o processo penal) providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 dias, contados da efetivação da prisão, para que ele fique à sua disposição (art. 289, § 3º), com o que parece revogada a parte final do art. 290, que impunha o dever de remoção à autoridade policial.

A prisão poderá ser precedida de perseguição, sobretudo para fins de preservação da situação de flagrante, que ocorrerá quando o agente policial (ou terceiro, no flagrante), tendo avistado o réu (ou indiciado, ou suposto autor do fato), persegui-lo sem interrupção da diligência. O que caracteriza a interrupção é a desistência da perseguição, diante da impossibilidade antevista da consecução da diligência, a ser aferida, também, pela ausência de qualquer providência efetiva no sentido da captura.

Enquanto a polícia estiver no encalço da pessoa, todavia, ainda que não mais avistando-a (o que ocorrerá quando a perseguição se fizer de cidade a cidade, e assim progressivamente), não estará interrompida a busca (art. 290, § 1º, *a*, CPP).

Por isso, se o agente policial, sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o perseguido tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, sair em seu encalço, será suficiente para caracterizar a perseguição (art. 290, § 1º, *b*).

Assente-se, por fim, que o uso de algemas, do mesmo modo que ocorre com quaisquer medidas de coerção física, deve ser excepcional e justificado por razões de cautela, quando houver risco à integridade física dos envolvidos no ato prisional (policiais, terceiros e o aprisionado).

No particular, mencione-se a Súmula Vinculante 11, do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: "*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*."

Embora acertada a norma, quanto à essência de seu conteúdo, relativamente ao uso das algemas, pensamos que a Suprema Corte foi além do que se espera na edição de uma súmula de jurisprudência. Os pressupostos e limites da responsabilização penal, civil ou administrativa de quaisquer agentes públicos decorrem *exclusivamente de Lei*, não sendo possível aos órgãos do Poder Judiciário a imposição de requisitos *supralegais* para a prática de atos administrativos (justificativa *por escrito*, por exemplo).

De mais a mais, a situação de risco é questão essencialmente *prática*, ou seja, dependente de cada situação concreta, não sendo reduzível a fórmulas abstratas.

De todo modo, ao que parece, a edição da citada Súmula veio contextualizada: houve inúmeros excessos em atos prisionais *espetaculosos*, com objetivos nitidamente *institucionais*, a merecer a reprimenda e o controle do Poder Judiciário. É o que transparece da referência expressa à nulidade do ato prisional ou de qualquer

ato processual a ele associado.

Nesse particular, a Suprema Corte não só não andou bem, como foi muito além na atividade judicante. A irregularidade de ato administrativo somente pode dar causa à sua nulidade se houver violação ao seu conteúdo. O uso irregular de algemas não pode se prestar a anular ato *processual* algum, embora se possa aceitar a anulação *da prisão*, em si. Contudo, não se pode sequer pensar em pretender a nulidade da prisão *preventiva*, na medida em que esta *decorre de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária*. Assim, o uso indevido das algemas pelo executor do mandado jamais teria como consequência a anulação *da decisão judicial nesse sentido* (da necessidade da custódia), de modo que o eventual *relaxamento* da prisão, nesse caso, não impediria a *repetição imediata* (sem algemas) *do ato prisional* pela óbvia razão da permanência integral da decisão judicial que decretara a preventiva.

Felizmente, o Presidente da República corrigiu a exorbitância desta Súmula Vinculante ao expedir Decreto regulando o emprego de algemas (Decreto nº 8.858/2016, de 10.05.2016), nos termos do art. 199 da Lei de Execução Penal. Reproduziu-se parcialmente o entendimento sumulado por aquela Corte, que agora é texto de lei (no caso, a edição de Decreto já estava prevista especificamente em lei). Além de consolidar as situações aptas a ensejar a utilização de algemas, que já constavam na súmula, o novo diploma normativo silenciou-se eloquentemente a respeito da responsabilização (disciplinar, civil e penal) do agente e da nulidade do ato processual ali previstas e sempre objeto de nossas críticas, além de instituir também uma hipótese de vedação ao uso de algemas – recentemente incorporada ao Código de Processo Penal (art. 292, parágrafo único) pela Lei nº 13.343/17: "É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato".

O mau uso das algemas pode e deve gerar consequências administrativas, civis e até mesmo penais, no ponto em que se referem a violações do direito material (integridade física, imagem, dignidade humana etc.); mas a anulação de todo o processo ou do procedimento no curso dos quais ele (ato prisional) se realiza não se

justifica (ressalvada a hipótese de relaxamento da prisão *em flagrante!*) *a* não ser enquanto *pedagogia supralegal* dos poderes públicos.

11.10 Prisão especial

O art. 295 do CPP cuida das chamadas prisões especiais, cabíveis para determinadas pessoas, em razão das funções públicas por elas exercidas, da formação escolar por elas alcançada e, finalmente, em razão do exercício de atividades religiosas.

O referido dispositivo refere-se às prisões provisórias, ou seja, às *prisões cautelares*, não se aplicando àquelas resultantes de sentença penal condenatória passada em julgado, também tratadas como definitivas.

À exceção de uma ou outra situação, sobretudo quando fundada no exercício de determinadas funções públicas, ligadas à própria persecução penal, parece-nos absurdamente desigual o tratamento reservado a algumas pessoas, especialmente quando baseado no grau de escolaridade de que são portadoras (art. 295, VII, CPP).

De outra perspectiva, a distinção e a desigualdade revelam, de modo subliminar, uma confissão estatal expressa no sentido de que os nossos estabelecimentos prisionais (delegacias, cadeias públicas etc.) devem mesmo ser reservados para as classes sociais menos favorecidas (econômica, financeira etc.), o que, aliás, iria exatamente na direção de outra realidade, ainda mais sombria, qual seja, a da seletividade do sistema penal.

O tema, abordado em profundidade pela criminologia denominada crítica e tantas vezes anunciado pelos defensores do abolicionismo penal, teria o seguinte espectro: o sistema penal, aqui envolvendo todo o aparato estatal persecutório (agentes de polícia, Ministério Público, magistratura, penitenciárias, cadeias etc.), é propositadamente seletivo, dirigindo-se mais e mais aos autores que aos fatos por eles praticados; é seletivo também no sentido de afirmar a exclusão social, visando atingir e proteger apenas determinados e específicos interesses, de determinados e específicos grupos ou camadas sociais.

O problema maior que resulta da apontada desigualdade diz respeito à possibilidade prática de aplicação do princípio da isonomia na sua solução: o que deveria ser feito é a reivindicação das prisões especiais, ou melhor, prisões melhores e mais adequadas para a generalidade dos presos provisórios e não a extinção de qualquer prisão especial. Em outros termos: a melhoria de todos os cárceres, em vez da socialização do terror.

A Lei nº 10.258, de 11 de julho de 2001, anunciada como o fim dos privilégios carcerários, alterou a redação do art. 295, nele incluindo diversos parágrafos, além da modificação de alguns incisos, entre os quais avultam:

a) a prisão especial consistiria exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum (§ 1º);
b) não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento (comum) (§ 2º);
c) os demais direitos e deveres do preso especial (além daqueles expressamente arrolados naquela lei) serão os mesmos do preso comum.

Ora, é bem de ver que as mudanças não são tantas assim, até porque a simples manutenção da possibilidade de recolhimento em quartéis, quando constatada a ausência de prisões especiais, não deixa de ser uma porta aberta para a manutenção da diferença de tratamento.

De outro lado, se superada a questão (se algum dia puder sê-lo), tem-se que a prisão especial é cumprida em quartéis e/ou prisão especial e reservada às pessoas arroladas nos diversos incisos do art. 295, entre as quais os ministros de Estado, os Governadores, os Prefeitos, Vereadores, Magistrados, Delegados de Polícia, os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República, os Ministros de confissão religiosa, os Ministros do Tribunal de Contas etc.

Mas não é só. Há também leis específicas cuidando de reservar ou mesmo ampliar semelhantes prerrogativas aos membros de determinadas carreiras, como ocorre em relação à Lei nº 8.625/93 e à Lei Complementar nº 75/93, que cuidam da legislaçã

orgânica do Ministério Público dos Estados e, respectivamente, do Ministério Público da União, bem como a Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura), Lei Complementar nº 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, que prescreve também normas gerais para organização das Defensorias Públicas Estaduais) e, também, Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).

Há também outras vedações de prisões antes do trânsito em julgado, como ocorre com os membros do Congresso Nacional (art. 53, CF), com as ressalvas ali previstas, e o Presidente da República (art. 86, § 3º, CF).

Em relação aos membros do Congresso Nacional, advirta-se que, segundo o disposto no art. 53, § 2º, da CF, eles somente poderão ser presos em flagrante delito de crime inafiançável, devendo os autos serem remetidos à respectiva Casa (Câmara dos Deputados ou Senado), que, pela maioria de seus membros, resolverá sobre a prisão.

Ora, aqui o que se prevê na Constituição é a possibilidade de o Congresso Nacional determinar a *soltura* de algum de seus membros, mesmo quando aprisionado em flagrante delito de crime inafiançável. Disposição já superada pela própria Constituição, na medida em que toda prisão decorre de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. O flagrante, por si só, não mantém ninguém preso.

Em edições anteriores, preferimos tratar a possibilidade de segregação dos parlamentares de forma esparsa ao longo do texto, em vez de abrirmos um tópico específico para o tema. As referências anteriores permanecem, mas as recentíssimas *inovações* do Supremo Tribunal Federal, operadas cada vez mais frequentemente, merecem uma abordagem específica, que será feita no tópico seguinte.

De notar-se que a Lei nº 12.403/11, conforme se vê da redação dada ao art. 439, CPP, parece não contemplar mais a garantia ou prerrogativa de prisão especial àquele que tiver servido como jurado. No entanto, o art. 295, X, CPP, que cuida das funções que seriam merecedoras de tais distinções, ainda mantém o texto anterior, referindo-se ao jurado do Tribunal do Júri. Para nós, há revogação implícita, não se justificando

– e nem se justificava, antes! – a manutenção da aludida regra de exceção.

Por fim, estabelece o art. 300 do CPP que sempre que possível os presos provisórios, isto é, aqueles submetidos às prisões cautelares, ficarão separados das pessoas que já estiverem definitivamente condenadas. E diz mais: que o militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará à disposição das autoridades competentes, sejam civis (Justiça Comum) seja militar.

A regra, entretanto, é diariamente contrariada pela nossa realidade prisional, havendo inúmeros presos em cadeias e delegacias públicas, já definitivamente condenados, aguardando vagas em penitenciárias.

Não obstante, o legislador recentemente editou a Lei nº 13.167/15, que alterou a Lei de Execuções Penais para criar novos critérios de separação entre os presos (tanto entre os provisórios quanto entre os condenados), determinando que haja segregação entre aqueles que cometeram crimes hediondos ou equiparados, os que cometeram crimes com violência ou grave ameaça, e, por fim, os que cometeram delitos de outra espécie. Apesar da louvável iniciativa, ainda nos mantemos um tanto quanto reticentes em relação à sua aplicação, considerando as dificuldades em cumprir até mesmo a regra mais simples prevista no art. 300 do CPP.

11.10.1 O Parlamento e as cautelares pessoais no processo penal

Para quem não se desvencilha nunca da literalidade do texto, os membros do Congresso Nacional, em hipótese alguma, poderão ser presos preventivamente, dado que a eles o constituinte de 1988 reservou generoso tratamento ao somente admitir a custódia dos parlamentares em caso de *prisão flagrante e* em crime *inafiançável*, nos termos da norma contida no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Mais ainda: reservou à respectiva Casa o controle acerca da *manutenção*, ou não, da prisão concretizada sob tais circunstâncias.

Há perigosas armadilhas hermenêuticas na escolha de semelhante metodologia de

interpretação. Veja-se o caso da previsão constitucional de *inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente* (art. 5º, LVI, CR), em que nem mesmo o intérprete mais aprisionado à literalidade do texto recusará a exceção de validade e de admissibilidade de tal prova, nas hipóteses em que ela se prestar a demonstrar a *inocência* de quem estiver sendo investigado ou processado.

Dito de outra maneira, há normas em textos legais e constitucionais que comportam – ou exigem – regras de exceção ao respectivo comando. Sabido, então, que *texto* e *normas* não significam a mesma coisa, as exceções normativas seriam deduzidas de textos *não escritos*, mas como exigência lógico-jurídica do comando (legal ou constitucional) prescritivo. A inadmissão da prova ilícita tem claros objetivos e finalidades que estão a vincular o âmbito de sua aplicação, ou seja, (a) expandir o espaço de proteção dos direitos individuais à intimidade, à privacidade, à imagem, às inviolabilidades individuais, enfim; e (b) dissuadir o poder público, produtor da prova processual penal, da prática de violações àqueles direitos antes mencionados. Assim, vedar a valoração de prova demonstrativa da inocência de alguém seria absolutamente intolerável e contrário às finalidades ou ao espaço de aplicação da referida norma constitucional.

De outro lado, não nos parece ser esse o caso daquele dispositivo constitucional em que se afirma o princípio da *não culpabilidade*, em que o texto, o contexto e o respectivo âmbito de validade estão dispostos de maneira inquestionável: *ninguém poderá ser considerado culpado, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (art. 5º, LVII, CR). Ora, considerando que a expressão*trânsito em julgado* tem significado *inequívoco* no direito brasileiro, a aludida norma constitucional veda a execução de pena *antes* de decisão *da qual não caiba mais recurso*.

Em relação ao tema do tópico, no julgamento da ADI 5526, na qual o Supremo Tribunal Federal – por apertada maioria, 6 *x* 5 –, condicionou a eficácia das cautelares diversas da prisão impostas a parlamentares à chancela do Parlamento.

Nada tem de simples a questão, a se reconhecer, de início, a existência de cinco votos no sentido da possibilidade de aplicação de medidas cautelares pessoais aos

membros do Congresso, *fora* das situações de flagrante, e sem o controle posterior e *político* do Congresso Nacional.

É preciso também reconhecer que mesmo a interpretação literal do art. 53, § 2º, da Constituição não constituía a **única** fundamentação para a vedação de prisão preventiva e de medidas cautelares aos congressistas. Convém lembrar, não só por oportuno, mas por demasiado relevante, que o art. 53, § 3º, dispõe sobre a possibilidade de *suspensão do curso de ação penal* contra os membros do Congresso Nacional, por voto da *maioria* de seus membros.

Mais. No art. 55, VI, da mesma Constituição, se estabelece a *condenação criminal passada em julgado* para fins de perda do mandato.

Tais normas constitucionais tem o claríssimo propósito de conferir ao Congresso Nacional a *singular tutela do exercício de mandato eletivo*, em legítimo controle *político* de tão relevante direito fundamental.

Não fosse a tragédia que se abateu sobre o aludido Poder nos últimos anos, com centenas (?) de parlamentares investigados e/ou processados criminalmente, certamente ninguém se animaria a questionar a eficácia de tais prerrogativas. Ninguém poderia mesmo supor que a decadência do Legislativo nacional chegasse a tais níveis.

Ocorre que, se é por *regras* que se orienta o Direito, não menos verdadeira é a afirmação no sentido da necessidade permanente da criação ou do reconhecimento de *exceções* a elas, diante da complexidade do mundo da vida, sempre à frente do mundo das normas.

A regra, aqui, portanto, é a impossibilidade de imposição de prisão preventiva aos membros do Congresso Nacional.

Mas não se pode aceitar também que a relevantíssima função estatal do *dever* de jurisdição esteja absolutamente desprotegida diante de condutas que a coloquem em risco evidente, e, mais, ainda, que também atinjam os direitos fundamentais de terceiros, não envolvidos na prática de ilicitudes penais. O parlamentar que desrespeita o elevado grau de suas funções públicas não pode encontrar guarida em *regras* – constitucionais, que sejam – de imunidade processual.

Mas não porque eles devam ser tratados em situação de *igualdade* em relação aos demais membros da comunidade jurídica. Dessa distinção no tratamento já cuidou a Constituição da República, a estender-se também ao Presidente da República Distinção que tem em conta a inegável relevância dos cargos e funções dos congressistas, legítimos *representantes da vontade popular*. Bem ou mal, titulares dessa significativa representatividade.

Cumpre destacar, no particular, que o constituinte de 1988 revelou-se completo *analfabeto* em matéria processual penal. Basta ver as inúmeras passagens em que o texto constitucional se refere à *liberdade provisória* e à *inafiançabilidade*, indicando desconhecer que *ambas* já não portavam o significado restritivo da redação originária do CPP, pelo menos desde o ano de 1977, pelas mãos da Lei nº 6.416. Lá se dispunha sobre a possibilidade da *restituição da liberdade* ao aprisionado em flagrante delito, mesmo para os crimes considerados *inafiançáveis*.

Assim foi que a ressalva para a manutenção da prisão em flagrante de crime inafiançável para os parlamentares desmentia o sistema de garantias inserido no próprio texto constitucional. Somente ordem escrita e fundamentada de autoridade *judiciária* poderia e poderá determinar a manutenção da prisão em flagrante, já sob o manto da prisão *preventiva*, com indispensável fundamentação acautelatória (art. 5º, LXI, CF).

Por isso, a previsão da competência da respectiva Casa Parlamentar para decidir sobre a manutenção da prisão já veio com os olhos no passado, autorizando o Congresso a exercer controle *político* sobre a *antecipação de culpa* que sempre acompanhou a legislação nacional sobre o flagrante delito, até a Lei nº 6.416/77, e, é claro, até a Constituição de 1988, quando se consolidou o princípio da *não culpabilidade*, e não mais o da *presunção de culpa* pelo flagrante.

Eis a questão: ao Congresso se reserva *juízo político* sobre a conveniência de restrições ao *mandato eletivo*; ao Judiciário, porém, a competência que se lhe atribui a Constituição é de outra ordem, a saber: o juízo acerca da *necessidade e adequação* de medidas cautelares protetivas de pessoas e do próprio exercício da jurisdição.

Assim, nas hipóteses em que o parlamentar investigado ou processado estiver

ameaçando testemunhas, destruindo provas ou *reiterando* a prática de ações qualificadas como *delitos*, outra solução não poderá ser senão a de imposição a ele de medidas cautelares *diversas da prisão*, cujo descumprimento, porém, poderá, sim, dar ensejo até mesmo à prisão preventiva.

Parece-nos que os problemas em relação a essa conclusão residem muito mais no juízo *concreto* quanto à aplicação desses dispositivos do que na sua aceitabilidade em *abstrato*. Infelizmente, tem-se visto no Brasil um crescente manejo da *prisão preventiva*, com fundamentação típica da velha redação do CPP, lastreada unicamente na *visibilidade da autoria*. Aliás, no julgamento da ADI 5.526, foi o caso concreto de medidas impostas a um Senador da República na semana anterior à citada sessão que parece ter ditado os rumos da definição da Corte.

Ao que se tem por informações processuais daquele caso concreto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, vencidos os Ministros Alexandre de Morais e Marco Aurélio, incorreu em excesso evidente na fixação de medidas cautelares de *afastamento do cargo de Senador* e na imposição de *recolhimento noturno*. Nenhuma dessas providências se fazia necessária, até porque o delito *ainda no início das investigações*, nem sequer guardava relação direta com o *exercício* do cargo. Parecem ter prevalecido ali juízos de *moralidade* e de *decoro*, circunstâncias essas, contudo, cuja apreciação é privativa do Congresso Nacional (art. 55, II, CF).

Pensamos, aliás, que a medida atinente ao *afastamento do cargo* deve ser também *privativa* do Congresso Nacional, a quem incumbe a decisão sobre a *perda* de cargo de Deputados e Senadores (art. 55, CF). Dizer que o *afastamento* não é a mesma coisa que a *perda* soa tão verdadeiro quanto afirmar-se que uma *coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa*. Não temos dúvidas quanto a isso.

Ocorre que o *mandato eletivo*, e em especial aqueles dos membros do Congresso Nacional, não pode ser equiparado ao exercício de todo e qualquer outro cargo ou função pública. Basta ver as inúmeras prerrogativas e competências atribuídas ao referido órgão. Convém até lembrar que a Constituição da República, reverenciada em prosa e verso Brasil afora, inclusive na Suprema Corte, é produto de um *Congresso Nacional Constituinte*, que lá e assim permaneceu após a elaboração do

texto.

De modo que há mesmo que se deferir ao Parlamento o controle *político* sobre o *afastamento* do cargo, que, em verdade, poderá implicar a sua perda e constitui inegável restrição a direitos fundamentais, não só do eleito, mas também de seus eleitores.

Assim não pareceu ao STJ, todavia, que no RHC 88.804/RN (Rel. Min. Reynald Soares da Fonseca, por unanimidade, publicado em 14.11.2017) decidiu que o afastamento das funções de parlamentares municipais independe de deliberação da Câmara dos Vereadores. Pensamos que a distinção não se justifica, mesmo em se considerando o espectro inferior de prerrogativas e competências atribuídas àquelas autoridades, posto que são também detentoras de mandato *eletivo*, e, da mesma forma, deveriam se sujeitar ao controle político da respectiva Câmara.

Quanto às demais cautelares, não há como vedar o seu manejo pelo poder Judiciário. É verdade que o Congresso Nacional poderá até mesmo *sustar o andamento da ação penal*, caso em que restarão afastadas e suspensas também todas aquelas medidas cautelares que tiverem sido impostas ao processado (art. 53, § 3º). Mas que assim seja: que ele assuma o ônus político de *suspender a ação penal*. O que não conseguimos conceber é o condicionamento de decisão do Poder Judiciário à chancela do Parlamento. A exceção, como visto, diz respeito à proibição do exercício do mandato eletivo. Semelhante juízo de *cautelaridade* há de ficar em mãos daquele órgão a quem cabe decidir pela perda do cargo.

11.11 Prisão para extradição e prisão civil

Não há mais, por revogação, a previsão de prisão de natureza administrativa, como havia na anterior redação do art. 319, do CPP. A Lei nº 12.403/11, corretamente, aboliu semelhante despautério.

A Lei nº 13.445/17, ao lado do Decreto nº 9.199/17, regulamenta a prisão cautelar para fins de extradição, que poderá ser representada pela via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, até mesmo antes do procedimento formal

de extradição. O Estado estrangeiro deverá, então, no prazo de 60 (sessenta) dias, apresentar o pedido de extradição, sob pena de restituição da liberdade.

A prisão, em tais situações, se fundamentará na garantia da aplicação da lei penal.

Já a prisão civil por dívida, que não tem natureza criminal e nem administrativa, somente pode ser decretada em razão do inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia, consoante se extrai do julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343, pelo Plenário daquela Corte. E, ainda: STF – HC nº 92.817, Rel Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma,*DJe* 12.2.2009. Também: HC nº 96.772-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, *DE*, 21.8.2009.

Vedada, portanto, a prisão civil do depositário infiel, por força da adesão nacional a tratados internacionais que não a autorizam (STF – Súmula Vinculante 25:*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*. *DJ* 23.12.2009).

11.12 A liberdade provisória com e sem fiança

As modificações do sistema geral de prisões no Brasil, iniciadas já desde a Constituição da República e passando pela Lei nº 11.689/08 e Lei nº 11.719/08, chegam então ao ápice com a Lei nº 12.403/11, que, atendendo a uma grande demanda de vários setores da sociedade civil – malgrado os discursos emocionalmente punitivos! –, cria uma série de alternativas ao cárcere, instrumentalizando o juiz com inúmeras medidas cautelares diversas da prisão.

Antes da citada lei, ou o juiz determinava a prisão ou optava pela concessão de liberdade provisória, mediante o cumprimento de determinadas condições, podendo, ou não, incluir o recolhimento de fiança. Aliás, para os crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo, a única liberdade cabível era aquela com fiança, segundo a antiga redação do art. 325, CPP.

Os tempos são outros. Impõe-se uma completa revisão do sistema.

E, somente por isso, não passaremos em revista *toda* a história da liberdade provisória no Brasil, avançando, desde logo, para o exame dos regimes/modelos

atuais, fundados na necessidade e na adequação da medida, conforme já antecipado, atentos também ao postulado da proporcionalidade, de modo a evitar que uma medida cautelar seja mais gravosa que os resultados finais de uma condenação penal.

E, também como já o afirmamos, a manutenção da expressão *liberdade provisória* não tem a menor justificativa, senão o fato – nem tão relevante assim – de sua utilização na Constituição da República. Ao fim e ao cabo, cuida-se de *medida cautelar*, diversa da prisão.

No entanto, a sua manutenção, para além da inutilidade, poderá causar algumas dificuldades na compreensão do novo sistema de cautelares. Afinal, o que significa a liberdade provisória *com fiança* e a liberdade provisória *sem fiança*, se, segundo o disposto no art. 282, § 1º, CPP, referido ao art. 319, VIII, CPP, a fiança *pode ser aplicada isolada ou cumulativamente*, junto a outras medidas cautelares?

Seria correto falar em liberdade provisória *antes da prisão, c*omo leva a crer o art. 321, CPP? Ou ela deveria ser aplicada somente *após* o flagrante, como sempre foi???

Uma coisa é certa: não fosse a referência expressa na Constituição da República, a atual legislação não manteria qualquer forma de liberdade *provisória*, e, sim, se limitaria a estipular as diferentes modalidades de medidas cautelares diversas da prisão, regulando as condições de respectiva aplicação, seja de modo *autônomo*, isto é, independente de prisão anterior, seja de modo *subsidiário*, para o fim de *substituir* a custódia (prisão) provisoriamente (essa sim) aplicada.

Portanto, que fique logo esclarecido: as prisões previstas no Código de Processo Penal (em flagrante e preventiva) e na Lei nº 7.960/89 (prisão temporária) constituem apenas espécies das várias medidas cautelares pessoais de nosso ordenamento.

A prisão temporária segue mantendo sua regulação autônoma, desvinculada das hipóteses dos arts. 319 e 320, ambos do CPP, limitando-se à proteção da fase de investigação e somente quando presentes as circunstâncias nela mencionadas, além de ser cabível apenas para os crimes nela definidos.

Assim, se as medidas cautelares podem ser impostas tanto *antes* da prisão em

flagrante, quanto *depois* dela, o que significaria a liberdade provisória?

Um pequenino recorte histórico nos ajudará a chegar às conclusões adiante expostas, no sentido de que a liberdade provisória passa a ser apenas a explicitação de diferentes maneiras da *restituição da liberdade* daquele que tenha sido *preso em flagrante*, ou *preventivamente*.

Já vimos que, em sua redação primitiva, de 1941, a prisão em flagrante tinha como consequência uma antecipação do resultado final do processo, fundada, sobretudo, na presunção de culpabilidade, decorrente do próprio flagrante, mas também de uma antecipação do juízo de necessidade, decorrente de uma presunção de fuga.

Com efeito, desde antes da legislação imperial, ao tempo, portanto, da vigência das Ordenações do Reino, particularmente as Filipinas, do século XIV, o nosso ordenamento processual ocupou-se da privação da liberdade antes do trânsito em julgado, justificada a partir do risco de não apresentação do acusado para julgamento.

As cartas de seguro, a homenagem, os fiéis carcereiros e já a fiança constituíam modalidades de liberdade provisória, de natureza fidejussória (confiança!), por meio das quais era garantida a apresentação do preso no dia do julgamento.

A liberdade provisória, àquele tempo, era uma exceção à regra da prisão, concedida mediante certas garantias, não como direito do preso, mas como faculdade do Poder Público.

Na legislação imperial, a Constituição de 1824 e, posteriormente, o Código de Processo Criminal de 1832 resumiram todas as diversas modalidades de liberdade provisória a uma única: a liberdade mediante o pagamento de fiança, já transformada, então, em garantia real, e não mais fidejussória.

Foi nesse cenário que se implantou o regime de prisão e liberdade do Código de Processo Penal de 1941, no qual, como regra, foi mantida, como única modalidade de liberdade provisória, aquela realizada mediante o pagamento de fiança, salvo quando se pudesse comprovar, desde logo, que o crime tinha sido praticado por meio de conduta penalmente justificada, isto é, quando presente alguma excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa etc.).

O Código de Processo Penal partia, então, inequivocamente, de uma presunção de culpa de quem fosse preso em flagrante delito. A liberdade provisória, com fiança ou sem ela, portanto, somente tinha cabimento a partir da prisão em flagrante, e encontraria nessa (prisão em flagrante) a sua legitimação.

E, a nosso juízo, assim devem permanecer as coisas, enquanto não se varrer do mapa de nossa legislação a inapropriada expressão (liberdade provisória).

Analisemos, então, o disposto no art. 310 do CPP (que teve a redação alterada pela Lei 13.964/19):

"Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

A primeira hipótese (I) não diz respeito a qualquer forma de liberdade provisória. A ilegalidade da prisão determina o seu *relaxamento*, sem que se possa impor qualquer medida cautelar ao libertado. As demais, sim.

Note-se que o parágrafo único do art. 310 prevê a única modalidade de liberdade provisória distinta das demais medidas cautelares do art. 319 e daquela do art. 320, CPP. Trata-se da situação em que o juiz, ao exame dos autos da prisão em flagrante, entende presentes indícios de ter sido praticado o fato nas circunstâncias do art. 23 do Código Penal (legítima defesa, estado de necessidade etc.).

Ali, como parece claro, *não será possível a imposição nem de fiança, nem de qualquer outra modalidade de cautelar*, limitando-se a medida à exigência de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Podemos até prosseguir na antiga classificação doutrinária que denominava a aludida liberdade provisória de *vinculada* (ao processo), expressão pouco técnica,

mas útil para a distinção da providência com as demais cautelares dos arts. 319 e 320, ambos do CPP, que podem ser impostas isolada ou cumulativamente, incluindo a fiança.

Quanto ao § 2º do dispositivo ali colacionado, já expusemos nosso entendimento no item 11.5.5, concluindo pela sua absoluta inconstitucionalidade. Reproduzimos aqui a nossa conclusão: nenhuma prisão pode ser mantida se não houver fundamentos da cautelaridade nos exatos termos do art. 312 do CPP. Assim, não serão as circunstâncias retromencionadas (isolada ou cumulativamente) que impedirão, automaticamente, a concessão da liberdade, com ou sem medidas cautelares (art. 319, CPP). Mediante a devida fundamentação, considerando o caso concreto, a *necessidade* e a *proporcionalidade* da medida restritiva serão as vigas-mestras a serem observadas pelo juiz, jamais a proibição em abstrato.

Então, adotando-se tais diretrizes, poderíamos traçar o seguinte quadro das liberdades provisórias:

a) liberdade provisória *em que é vedada a fiança*: cabível sempre após a prisão em flagrante, com a obrigatória imposição de qualquer das cautelares dos arts. 319 e 320, CPP, *com exceção da fiança*, quando não for necessária a prisão preventiva e quando for expressamente proibida a imposição daquela (fiança – arts. 323 e 324);
b) liberdade provisória *com* fiança: cabível sempre após a prisão em flagrante e quando não necessária a preventiva. Será imposta, obrigatoriamente, a fiança, além de outra cautelar, se entender necessário o juiz;
c) liberdade provisória *sem fiança:* cabível após a prisão em flagrante, quando inadequada ou incabível a preventiva, com a imposição de qualquer outra medida cautelar, por julgar o juiz desnecessária a fiança;
d) liberdade provisória *vinculada*, ao comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, § 1º).

Note-se que a liberdade provisória com a *proibição da fiança* é fruto de delírio

legislativo, fundamentado na Constituição da República, que previu a *inafiançabilidade* para vários e graves delitos. A ideia parece ter sido a *proibição de qualquer restituição da liberdade* para aquele preso em crimes inafiançável. Equívoco manifesto!

É a própria Constituição que exige *ordem e escrita e fundamentada* de *autoridade judiciária* competente para qualquer modalidade de prisão.

Não bastasse, a redação do art. 283, *caput*, CPP, *reafirma* essa exigência. No entanto, logo adiante, no art. 323, CPP, introduz-se um novo regime de irrecusável contradição: autoriza-se a liberdade provisória para *todo e qualquer crime*, quando ausentes as razões da preventiva, vedando a exigência de fiança justamente *para os crimes mais graves e de maior reprovação social!* Ou seja, permite a liberdade com a imposição de uma ou de várias cautelares, desde que não seja a fiança!

E, para os demais crimes, cuja inafiançabilidade não esteja consagrada na bobagem do art. 323, CPP, a liberdade poderá ser obtida mediante a imposição de uma ou de outras medidas cautelares, *incluindo a fiança!* Resumo: para crimes menores, a liberdade e a possibilidade de imposição de *todas as cautelares;* para os mais graves (do art. 323), a liberdade e apenas *algumas cautelares!* A história, como sempre, se repete...

Portanto, que ninguém se fie na distinção entre liberdade provisória *com* ou *sem fiança*. Existirá uma ou outra se o juiz impuser ou não a fiança. Apenas nos casos já citados, em que for proibida a imposição de fiança, se poderá falar, rigorosamente, em liberdade *sem fiança*. E quando não se tratar das hipóteses dos arts. 323 e 324, CPP, para as quais é *vedada a fiança*, nem por isso deverá o juiz, obrigatória e necessariamente, impô-la, isolada ou cumulativamente a outras.

Já a liberdade *vinculada* implicará a restituição da liberdade ao preso, com a única exigência do comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, § 1º), não sendo cabível, em princípio, qualquer outra medida cautelar, desde que ele cumpra as obrigações resultantes da vinculação (comparecimento a todos os atos do processo).

Adiante, faremos um exame mais detalhado da matéria.

Cumpre, porém, e antes, pontuar que a Lei nº 12.403/11 é lei *geral*, não revogando, em princípio, a legislação especial que cuida da matéria. Há leis no Brasil que ainda vedam a concessão de liberdade provisória, com e sem fiança, para determinados crimes, além daqueles para os quais o Código de Processo Penal estabelece a inafiançabilidade ou a proibição de imposição de fiança.

Todas essas vedações legislativas à restituição da liberdade são *inconstitucionais*, por todas as razões de índole constitucional que já alinhamos aqui.

Diante da atual sistemática do art. 283, CPP, a exigir fundamentação cautelar para as prisões anteriores ao trânsito em julgado, ainda que não se fale em *revogação*, rigorosamente, o fato é que uma interpretação *sistemática do direito processual penal* caminha inexoravelmente no sentido de recusar aplicação a qualquer norma que vede a restituição da liberdade ao preso em flagrante *sem ordem judicial escrita e fundamentada*, baseada em razões cautelares.

E seriam várias as disposições legais nesse sentido: a Lei nº 8.072/90 (art. 2º, II na redação original), que cuida dos crimes hediondos; a Lei nº 10.826/03 (art. 21), alcunhada como Estatuto do Desarmamento, todas vedando a liberdade provisória, ou, melhor dizendo, a *restituição* da liberdade após o flagrante, e, mais recentemente, o § 2º do 310 do CPP, introduzido pela Lei 13.964/19.

A vedação à liberdade provisória no texto original da Lei nº 8.072/90 veio a ser revogada pela Lei nº 11.464/07, mantendo-se apenas a proibição da fiança. A Lei nº 12.683/12 revogou idêntica disposição legal que também vedava a restituição da liberdade nos crimes de lavagem de dinheiro, então constante do art. 3º da Lei nº 9.613/98.

A 1ª Turma do STF insistia na validade constitucional da proibição de liberdade provisória para aqueles delitos cuja inafiançabilidade estivesse prevista na própria Constituição. STF – HC nº 103.715/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, *DJ* 24.3.2011. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: STJ - HC n 229.004/TO, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, *DJ* 3.5.2012.

Os votos que conduziram tais julgados chegam a afirmar que a vedação de

liberdade provisória seria uma exigência do texto constitucional e que dispor em sentido contrário significaria afronta à *Lex Legum*. Ao ensejo, vale transcrever trecho da ementa do acórdão do HC nº 103715/RJ STF:

"[...] Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos[...]."

Essa também a previsão da Lei de Tóxicos, Lei nº 11.343, de agosto de 2006, a vedar a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, para os crimes previstos no art. 33, *caput* e § 1º, art. 34 e art. 37 (tráfico de drogas, fabrico de instrumentos para o tráfico e associação para o tráfico), tudo consoante o disposto no art. 44 da referida legislação.

E a Suprema Corte, em decisões emanadas de sua 1ª Turma, vinha aceitando a proibição (*Habeas Corpus* nº 101.101-MG, STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min Cármen Lúcia, julgado em 25.5.2010, publicado no *DJ* em 24.11.2010).

Todas as apontadas vedações legais são evidentemente inconstitucionais.

Por primeiro, observa-se que a restrição prevista no art. 21 do Estatuto do Desarmamento foi julgada definitivamente inconstitucional na ADI 3.112, sob o irrefragável fundamento da incompatibilidade da prisão *ex lege* com os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.

E dando cores definitivas à questão, no entanto, no julgamento do HC nº 104.339/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 10 de maio de 2012, reputou inconstitucional o art. 44 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), entendimento que foi reafirmado em 2017 no RE 1.038.925-SP, agora já com Repercussão Geral reconhecida.

Com isso, consolida-se a interpretação no sentido de que, seja prevista em lei,

seja na Constituição, nenhuma norma relativa à inafiançabilidade poderá ser entendida como proibitiva da restituição da liberdade (liberdade provisória). E mais. Nenhuma lei poderá vedar a possibilidade de exame judicial acerca da desnecessidade de manutenção de prisão cautelar (ou seja, a de restituição da liberdade).

Nem poderia ser de outro modo: é a Constituição da República que assegura que ninguém *será preso ou mantido preso, senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente* (art. 5º, LXI).

11.12.1 Relaxamento da prisão

Nos termos do art. 5º, LXV, da CF, a "*prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*".

A palavra *relaxamento* significa unicamente uma via de controle da legalidade da prisão, independentemente da modalidade, não se restringindo à hipótese de flagrante delito, embora a sua aplicação prática, em regra, ocorra em relação a essa.

Assim, chegando ao conhecimento da autoridade judicial a existência de uma prisão ilegal, deverá ela, nos limites de seu poder jurisdicional, determinar *incontinenti* o seu relaxamento.

É o que se encontra no art. 649 do CPP, que autoriza a concessão *ex officio* do *habeas corpus*, com fundamento na ilegalidade da coação, cujas hipóteses, ou melhor, em que algumas delas, encontram-se explicitadas também no art. 648.

O relaxamento da prisão ocorrerá, portanto, em todos os casos de ilegalidade, dirigindo-se contra todas as modalidades de prisão previstas no Código de Processo Penal, desde que tenham sido determinadas sem a observância das previsões legais, dentre os quais, como já visto (item 11.9, relativo ao *ato prisional*), o uso indevido e abusivo das algemas, quando manifesta a desnecessidade da medida. No particular, renove-se a observação no sentido de que somente o exame de cada caso concreto poderá demonstrar a *efetiva desnecessidade* das algemas, não havendo qualquer

critério *a priori* que possa antecipar eventual ilegalidade (prisão de mulher? de idoso?).

De outro lado, vale registrar que, havendo excesso de prazo na prisão preventivamente decretada, o tribunal, por via do *habeas corpus* ou mesmo de recurso nominado, deverá cassar a decisão, determinando o relaxamento da prisão, cuja continuidade já seria ilegal. É de se observar, ainda, que, ao contrário do relaxamento, a *revogação* da prisão preventiva, que tanto pode ser decidida pelo juiz que a decretou quanto pelo tribunal, em grau de revisão (reforma), deverá ter por fundamento a falta de motivo para que subsista, nos termos do art. 316 do CPP. Nessa oportunidade, entendendo o juiz ou o tribunal que o caso não é de *revogação*, mas de *substituição* da cautela, poderá ser imposta outra medida cautelar do art. 319, CPP.

Como se trata de controle judicial da ilegalidade na imposição de restrição da liberdade individual, o relaxamento será cabível, como é óbvio, em qualquer procedimento e para quaisquer crimes, quando houver excesso de prazo ou outra irregularidade na constrição da liberdade (ver Súmula 697, STF).

Uma vez relaxada a prisão, a consequência imediata será a soltura do preso, sem a imposição a ele de quaisquer restrições de direitos, uma vez que não se cuida de *concessão* de liberdade provisória, mas de *anulação* de ato praticado com violação à lei. A liberdade deverá ser plenamente restituída, tal como ocorre na revogação da preventiva, por ausência dos motivos que justificaram a sua decretação.

11.12.2 Liberdade provisória com fiança

A Lei nº 12.403/11, como vimos, introduziu um novo sistema de medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, reunindo, em uma mesma estrutura, a (prisão) preventiva e inúmeras outras medidas diversas da prisão.

Desse modo, criou-se um sistema *alternativo*, de tal modo que a prisão preventiva seja, em regra, a última providência cautelar.

Isso não significa, contudo, que ela *dependerá* da anterior aplicação de alguma medida cautelar. Não. A preventiva poderá ser imposta: (a) *autonomamente*, quando

presentes as situações do art. 312 e as circunstâncias do art. 313, ambos do CPP; (b) *subsidiariamente*, quando descumprida uma cautelar (arts. 319 e 320), quando se exigirá apenas os requisitos do art. 312, CPP ; e c) quando se tratar de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP.

De modo que a expressão *liberdade provisória*, além de absolutamente desnecessária, serve apenas para causar algumas confusões acerca da estrutura do novo sistema.

É que, em princípio, a simples imposição de *fiança*, isolada ou cumulativamente com outra cautelar, em qualquer fase da investigação ou do processo, poderia ser entendida como uma forma de *liberdade provisória com fiança*.

E, da mesma maneira e pelas mesmas razões, a imposição de qualquer outra medida cautelar desacompanhada da fiança poderia se qualificar como *liberdade provisória sem fiança*.

Note-se que, no caso de eventual substituição da prisão preventiva por outra cautelar menos gravosa, não se poderá falar em liberdade provisória, mas de *substituição entre cautelares* (art. 282, § 5º, CPP).

Apresentado o auto de prisão em flagrante ao juiz, no prazo de 24 horas (art. 306, § 1º), deverá ele promover a audiência de custódia em até 24 horas, com a presença do acusado, seu advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública) e o membro do Ministério Público, e, ao fim, adotar as providências alinhadas no art. 310 e seus parágrafos, CPP, a saber: (a) será relaxada a prisão ilegal (I), e (b) será aplicada alguma forma de liberdade provisória, com ou sem fiança (III), ou, ainda, mediante o comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, § 1º), se não for o caso de sua conversão (do flagrante) em prisão preventiva (II).

A liberdade provisória *com fiança*, portanto, se distinguirá das outras, sem fiança, ou *vinculada*, pela simples imposição da fiança, que poderá, ou não, vir acompanhada de outra cautelar (art. 282, § 1º, e art. 319, § 4º, CPP).

A imposição de fiança será cabível para todos os crimes, à exceção:

a) dos crimes aos quais não seja imposta pena privativa da liberdade (art. 283, § 1º);
b) no caso em que for cabível a transação penal, e, ainda, na hipótese de efetiva (proposta e aceita) suspensão condicional do processo (art. 76 e art. 89, da Lei nº 9.099/95);
c) nos crimes culposos, salvo situação excepcional, em que seja possível a aplicação da pena privativa da liberdade ao final do processo, em razão das condições pessoais do agente;
d) dos crimes para os quais é vedada a fiança, expressamente, conforme art. 323 e art. 324;
e) na hipótese do § 2º do art. 310, regra esta que reputamos *escancaradamente inconstitucional*.

A primeira e a penúltima hipótese de não cabimento da fiança estão previstas em lei e apresentam justificativas totalmente diferentes e quase contraditórias, como já alertamos, ressalvadas as hipóteses de *perdimento* e de *quebramento* da fiança.

A vedação de imposição de cautelar para crimes aos quais não seja prevista a pena privativa da liberdade (a) se fundamenta em juízo de proporcionalidade. É que, à consideração de que qualquer das medidas cautelares previstas no Código implica significativa restrição de direitos, evita-se a sua imposição em processos em que não se chegará a resultados mais gravosos. Fez-se, então, juízo de ponderação entre a *necessidade* das cautelares e a efetividade do processo.

Já a outra proibição (d), na qual se reproduz a pífia tentativa constitucional de reduzir a complexidade da vida real em fórmulas abstratas, decorre da inafiançabilidade prevista para determinados crimes na Constituição da República (crimes de racismo, de drogas, hediondos, tortura etc. – art. 5º, XLII, XLIII e XLIV Já apontamos as razões e os esclarecimentos quanto à inconstitucionalidade da proibição de restituição da liberdade.

Note-se, então, que a fiança havia perdido toda a sua utilidade desde a Lei nº 6.416/77, que passou a autorizar a restituição da liberdade mediante o

comparecimento a todos os atos do processo, desde que ausentes as razões da prisão preventiva (§ 1º do art. 310, CPP).

Apenas em 1990, a Lei nº 8.035 passou a exigir a liberdade somente com fiança para os crimes contra a ordem tributária e contra a economia popular (antiga redação do art. 325, CPP).

Depois disso é que outras e várias leis passaram a ressuscitar a proibição de liberdade provisória, retrocedendo décadas na evolução do processo penal. Mais adiante as veremos.

O que queremos assentar, portanto, é que a inafiançabilidade constitucional, embora pretenda a proibição de qualquer forma de restituição da liberdade, não se compadece com o sistema de garantias individuais estruturado nela própria (Constituição), sobretudo no ponto em que se exige *ordem escrita e fundamentada da autoridade JUDICIÁRIA* (e não *legal* ou *constitucional) para qualquer privação da liberdade* (art. 5º, LXI).

Veja-se, então, o despropósito da lei, beirando à contradição: de um lado, evita-se a fiança para não onerar excessivamente autores de *infrações menos graves*, para as quais sequer se prevê pena privativa da liberdade; do outro, proíbe-se a fiança *para as mais reprováveis e graves infrações penais*!

As demais exceções à imposição de fiança (alíneas *b* e *c, retro*), como já antecipamos, repousam no postulado da proporcionalidade, na perspectiva da proibição do excesso.

Com efeito, as infrações penais de menor potencial ofensivo, tais aquelas para as quais são previstas a *transação penal* (Lei nº 9.099/95, dos Juizados Especiais Criminais), não ostentam riscos significativos à efetividade do processo, diante de sua baixíssima apenação (crimes e contravenções). A imposição de restrições de direitos nessas hipóteses seria também excessiva e contrária à lógica dos Juizados Criminais, voltados para a conciliação.

Pelo mesmo fundamento, pensamos que a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95) deve *anteceder* a qualquer pretensão acautelatória,

a não ser quando se tratar de prisão em flagrante, caso em que se deverá, desde logo, impor a medida cautelar que se revelar necessária e suficiente. Mesmo nessa situação, porém, se e quando efetivada a suspensão do processo, deverá ser revogada a cautelar eventualmente imposta.

Quanto aos crimes culposos, remetemos o leitor às observações que fizemos no item 11.4.1 (Regras gerais da aplicação).

11.12.2.1 Cautelares de ofício e sistema acusatório

No item 11.7.4 já enfrentamos este tema, no que se refere à decretação *de ofício* da prisão preventiva. A mesma alteração promovida pela Lei 13.964/19, porém, estendeu-se às medidas cautelares diversas da prisão, de modo que o raciocínio lá exposto é aplicável aqui.

O atual art. 282, § 2º, dispõe, portanto, que na fase de investigação o juiz dependerá de provocação (requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial) para a imposição de qualquer medida cautelar, incluindo, evidentemente, a prisão preventiva (na fase processual, o requerimento deve ser feito pelas partes, restando vedada, da mesma forma, a decretação de ofício).

Já no art. 310, II, a lei autoriza – e, mais, exige! – que o juiz delibere na audiência de custódia acerca do relaxamento, da manutenção da prisão, ou da imposição de quaisquer outras cautelares, podendo, então *converter* a prisão em flagrante em preventiva (aqui sim de ofício). Ao que parece, o prazo de 48 horas, tal como mencionado no parágrafo único do art. 322, CPP, relativamente à liberdade com fiança, incluiria, então, o prazo de 24 horas para encaminhamento do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, e outras 24 horas para a audiência de custódia e consequente deliberação.

A Lei não esclarece essa questão, contudo. Estamos apenas tentando entender a referência ao prazo de 48 horas previsto no art. 322, parágrafo único. Ora, se o arbitramento da fiança, nos casos em que cabível pela autoridade policial, deve ser feito imediatamente após a prisão, o prazo de 48 horas ali mencionado supõe um

requerimento imediato do aprisionado diretamente ao juiz, que, assim, teria o prazo de 24 horas da comunicação da prisão (ou a petição de liberdade provisória) e mais 24 horas para a decisão.

Todavia, aqui, a questão não é essa.

O fato é que a prisão em flagrante ocorre *na fase de investigação* e não da fase de processo, com o que a *conversão* da prisão em flagrante em preventiva implicaria a imposição de medida cautelar de ofício, ou seja, sem provocação, contrariando a regra do art. 282, § 2º, CPP.

A nosso aviso, o que é vedado ao juiz é somente a conversão (ou decretação) da preventiva *para fins de conveniência da investigação ou da instrução*, na medida em que tais questões *não lhe dizem respeito*, na fase de investigação.

No entanto, em se tratando de prisão para garantia da ordem pública, quando presente o risco e a gravidade de reiteração criminosa, não nos parece possível recusar à autoridade judiciária o exame da questão, independentemente de provocação.

Para nós, a regra do art. 310, II, *excepciona* – em silêncio *eloquente!* – aquela do art. 282, § 2º, todos do CPP, feito o reparo em relação ao fundamento da conveniência da instrução ou da investigação, que constitui matéria fora do alcance do magistrado na fase de inquérito policial.

Por outro lado, como o Ministério Público estará presente na audiência de custódia, poderá requerer na ocasião a conversão em prisão preventiva. Se não o fizer, porém, entendemos que o magistrado *poderá realizar a conversão de ofício*, uma vez que não há esta vedação no inciso II do art. 310.

De se ver, que, se é verdade, de um lado, que o flagrante delito não pode mais ser entendido como *antecipação de culpa*, de outro, não se pode recusar o alto grau de visibilidade dos riscos eventualmente presentes em determinados comportamentos. Imagine-se o caso (exemplo que demos em nossos *Comentários ao Código de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012) de um roubo armado, com troca de tiros e vítimas fatais. A visibilidade acerca da *natureza* da infração, de sua

gravidade e dos riscos, ou de reiteração ou de fuga, parece evidente. De se lembrar que a prisão para garantia da ordem pública sequer exerce função *instrumental* no processo penal, dado que se volta para fatos *externos* ao processo, nada tendo que ver com a sua efetividade.

Para nós, como visto e, ao contrário, o juiz poderá converter a prisão em preventiva, *de ofício*, exceto para fins de tutela da investigação ou da instrução. É fato que dificilmente se manterá (por conversão ou por decretação) a prisão *para garantia da aplicação da lei penal*, diante das dificuldades de se encontrar, desde logo, elementos de informação dando conta do risco de fuga. Mas, seja como for, fica a ressalva: essa é uma questão que também não é privativa dos órgãos da persecução, como no exemplo a que acabamos de nos referir.

Até aqui nos referimos apenas à conversão da prisão em flagrante em preventiva.

No entanto, embora no ponto, pouquíssimas vozes se insurgirão contra a medida, o fato é que poderá o juiz, de ofício, impor quaisquer cautelares em substituição ao flagrante. Ninguém se insurgirá na medida em que o juiz estaria *restituindo* a liberdade, ainda que com a imposição de cautelares. Na verdade, tal imposição não será em substituição ao flagrante, mas *em decorrência* da prisão em flagrante, que, por si só, justifica maiores receios quanto à efetividade da investigação ou do processo.

E que não se duvide: trata-se de imposição de cautelar *sem a provocação* dos órgãos da persecução, contrariamente ao disposto no art. 282, § 2º. O raciocínio se ancora também no § 6º do mesmo dispositivo, que determina *"a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar"*. Ora, se nesta hipótese – que nos parece ser a *única*, após a Lei 13.964/19! – o juiz pode decretar de ofício a prisão preventiva, e o legislador entende que a custódia não é cabível quando for adequada a imposição de medidas cautelares diversas da custódia, não há mesmo como impedir que o magistrado opere essa "substituição" desde logo, impondo, assim, de ofício, uma ou mais das medidas cautelares.

E, para nós, perfeitamente válido, desde que a motivação, repita-se, não se reporte

à conveniência da investigação ou da instrução.

Para aqueles que não admitem a não observância da regra do citado art. 282, § 2º, caberia ao juiz, na fase do art. 310, II, limitar-se à restituição da liberdade *pura e descompromissada*, se não aviado o requerimento do Ministério Público acerca de quaisquer cautelares ou a representação da autoridade judiciária no mesmo sentido.

No particular, incompatível com as atuais regras o disposto no art. 333, CPP, que dispensa a manifestação do *parquet* sobre requerimento de fiança.

A questão ganhou novos contornos com a chegada da Lei nº 13.804/19, que, ao alterar o Código de Trânsito Brasileiro, dispôs que no caso do condutor preso em flagrante na prática dos crimes de contrabando, descaminho ou receptação, poderá o juiz, *de ofício*, em qualquer fase da *investigação* ou da ação penal, decretar a medida cautelar de suspensão da habilitação ou permissão, ou a proibição de sua obtenção.

Como se vê, o legislador *mais uma vez* excepcionou a regra prevista no art. 282, § 2º, confirmando, na linha do que já vínhamos defendendo, a possibilidade de decretação de medidas cautelares de ofício mesmo antes do início do processo, em determinadas situações, sobretudo quando ligadas à garantia da ordem pública.

É de se notar que o art. 294 daquele diploma já continha dispositivo semelhante, mas, justamente por não vincular tal possibilidade (a decretação de medidas cautelares de ofício, durante a investigação) à prisão em flagrante, entendemos, desde as primeiras edições deste Curso, que a norma padece de inconstitucionalidade por ferir o princípio acusatório, uma vez que é somente com a prisão em flagrante que o magistrado adquire uma visibilidade ampla o suficiente para avaliar a necessidade de se garantir a ordem pública.

De outro lado, se faz sentido a imposição de cautelar de suspensão de habilitação em infrações de trânsito, o mesmo não ocorre em relação ao delito de descaminho. Explica-se. O que legitima a excepcional intervenção de ofício do magistrado em fase de investigação é precisamente o risco de reiteração criminosa cuja visibilidade vem sensivelmente estampada em situações de flagrante delito.

Já no delito de descaminho, exceção feita aos conhecidos “sacoleiros”, de

incidência mais frequente, a norma, aberta como se encontra, poderá dar guarida a juízos excessivamente arbitrários quanto à efetiva prática da aludida infração. E mesmo nos casos de "sacoleiros" nem sempre se poderá dizer do conhecimento da ilicitude por parte do motorista. Daí a ausência de justificativa racional para se permitir a excepcionalidade da medida, ressalvadas as situações em que a constatação de conhecimento da situação ilícita esteja a salvo de dúvida razoável.

11.12.2.2 Procedimento da fiança

Vamos, então, ao procedimento da fiança.

Primeiramente, anote-se que ela segue servindo ao pagamento das custas, da indenização do dano e de multa, em caso de condenação do acusado (art. 336, CPP). E mesmo em caso de reconhecimento posterior da prescrição da sentença condenatória (parágrafo único).

A segunda observação, e que constitui uma vantagem prática da fiança, é que ela poderá ser arbitrada imediatamente pela autoridade policial, nos casos de infração penal cuja pena máxima não seja superior a quatro anos (art. 322).

Se a autoridade policial recusar ou retardar a *restituição da liberdade* mediante fiança, o preso, ou qualquer pessoa em seu nome, poderá prestá-la, por simples petição ao juiz, que decidirá no prazo de 48, nos termos do art. 335.

A aludida vantagem aqui é manifesta, dado que, uma vez prestada a fiança, a restituição da liberdade é imediata, independentemente do pronunciamento do juiz, que, em tese, somente receberia o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas após a prisão (art. 306, § 1º).

Algumas observações.

Note-se que a fiança, como medida cautelar que é, somente deveria ser imposta *pelo juiz* (ordem judicial fundamentada). A Lei nº 12.403/11 *misturou* os regimes de liberdade com fiança do Código de Processo Penal originário com as atuais regras. Por isso, como antigamente a fiança era um *benefício* do Estado, autorizou-se a autoridade policial a *concedê-lo* para algumas infrações. Paradoxal, evidentemente!

No entanto, e como se trata de medida que amplia a proteção aos direitos e garantias fundamentais, não vemos por que inquiná-la de inválida. Preferimos aceitar a sua constitucionalidade, sob tal perspectiva.

E mais.

Entendemos que a autoridade policial, nas hipóteses descritas no art. 322, CPP, *deverá* arbitrar a fiança! É que, como não caberá a manutenção do flagrante pelo juiz para infrações cuja pena máxima não seja superior a quatro anos (art. 313, I, CPP), a restituição da liberdade se imporia! E que seja com a imposição da fiança, desde logo, podendo o juiz, depois que lhe forem remetidos os autos (de prisão em flagrante) *modificá-la* (diminuindo ou aumentando) ou *substituí-la*.

Nos termos do art. 322, parágrafo único, CPP, nos demais casos, ou seja, quando não for possível à autoridade policial o arbitramento da fiança, o juiz decidirá sobre o requerimento de fiança no prazo de 48 horas.

Eis aqui mais um exemplo da falta de sistematização da matéria, depois de tantas idas e vindas do projeto de Lei nº 4.208/01, afinal transformado na Lei nº 12.403/11.

Após a prisão em flagrante, nos termos do art. 310, *caput*, do CPP, o juiz *deverá*, ou relaxar a prisão, ou converter o flagrante em prisão preventiva (observando o *teto* (I) ou outras circunstâncias do art. 313, CPP), ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança! Ou seja, a restituição da liberdade (ou a liberdade provisória) *não depende de qualquer requerimento do aprisionado* ou de quem quer que seja! Na verdade, como medida cautelar que é, ela, liberdade provisória, com fiança, ou elas, outras cautelares diversas, serão *impostas* e não *concedidas!!!*

E mais. Nada impedirá que o juiz imponha outra medida cautelar além da fiança, ainda quando se trate de requerimento *unicamente* desta (fiança) pelo aprisionado.

Outro resquício do sistema anterior reside na disposição do art. 334, que continua prevendo que a *fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória*.

Ora, essa disposição, que vem desde a redação originária do CPP, somente fazia sentido quando prevista a possibilidade de execução provisória da condenação.

Quando ela era possível, sendo afiançável a infração, o acusado poderia *escapar* da prisão prestando fiança! Assim, e porque vedada a execução provisória, a expressão *a qualquer tempo* é redundante.

De se ver, então, que a fiança *independe* de requerimento e, por isso, pode ser *imposta* de ofício, após a prisão em flagrante (art. 310, II), além das outras oportunidades em que ela se mostre necessária e adequada (art. 282, § 2º e § 6º). Não se trata mais de *benefício* a ser *concedido*, mas de imposição de restrições de direito por necessidade acautelatória. E isso muda tudo, do ponto de vista da aplicação da fiança, e, sobretudo, quanto ao momento e a pertinência de sua apreciação.

De outro lado, para a determinação do valor da fiança, deverão ser considerados: (a) a natureza da infração; (b) as condições pessoais do preso; (c) o custo geral das despesas processuais (art. 326, CPP). A vantagem das atuais regras é que a *medida* da fiança recebeu um referencial mais estável: o salário mínimo, acabando com a loucura das variações financeiras.

Permanecem também os critérios mensurados pela gravidade da infração (menor, igual ou superior a quatro anos), segundo o disposto no art. 325, I e II, CPP, e da situação pessoal do afiançado (art. 325, § 1º), I, II e III, CPP. A curiosidade é a previsão da possibilidade de aumento da fiança em até mil vezes!

Ora, é preciso ter em conta que estamos tratando daquele ainda não condenado definitivamente. Portanto, há que se ter cautela na fixação dos valores da fiança, sob pena de, por vias transversas, se voltar ao regime de prisão preventiva obrigatória, por impossibilidade econômica de sua prestação. Naturalmente, e em tese, haverá *clientela* para o aludido exagero, mas a depender do exame mais cuidadoso quanto aos elementos indiciários (de autoria, de materialidade, da disponibilidade financeira etc.).

Quanto às obrigações resultantes da imposição da fiança, bem como das consequências de seu desatendimento, veja-se o que dispõem o art. 327 e o art. 328.

"Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado."

No caso de descumprimento das obrigações resultantes da fiança, dispõe o art. 343, CPP, que poderá o juiz determinar o seu *quebramento*, com perda de metade de seu valor, e, se necessário, impor algumas das cautelares pessoais, incluindo a preventiva. Nada que não tenha sido já previsto anteriormente (art. 282, § 4º).

E mais.

Os valores da fiança poderão ser *perdidos* (perdimento) em sua integralidade, no caso de acusado condenado *definitivamente* (trânsito em julgado) que não se apresente à prisão (em suma: em caso de fuga!), nos termos do art. 344, CPP.

Atente, então, o leitor para o seguinte: a Lei nº 12.403/11 *aproveitou* vários dispositivos da redação anterior do CPP, que não guardam mais pertinência com o atual modelo da fiança. Repita-se: não se cuida de *concessão* ou de *benefício*, mas de obrigações *impostas*.

E a fiança, que, aparentemente, impõe apenas o dever de prestação de obrigação pecuniária ou de valor econômico – sua essência, sem dúvida! – exige que o afiançado acompanhe regularmente a tramitação do processo, devendo comparecer sempre que a tanto intimado.

Naturalmente que referida obrigação é uma exigência de natureza nitidamente cautelar, por isso que somente cabível quando necessário (art. 282, I e II). A liberdade provisória mediante fiança, portanto, encontra a sua justificação mais clara a partir da prisão em flagrante, apto a justificar maiores receios quanto à efetiva aplicação da lei penal.

Observe-se, ainda, que, historicamente, a fiança sempre teve por escopo a garantia de apresentação do afiançado para o julgamento, de modo, então, a evitar a sua fuga. Essa é uma tradição que vem desde a legislação imperial.

A redação do art. 341 do CPP não é muito clara quanto a tais propósitos, sobretudo no ponto em que afirma que a fiança seria *quebrada* quando o afiançado

resistir injustificadamente a ordem judicial (art. 341, IV) e/ou *praticar nova infração penal dolosa* (art. 341, V), além, é certo, do descumprimento das obrigações fixadas na sua imposição (arts. 327 e 328), ou de outra medida cautelar eventualmente imposta (art. 282, § 1º).

Quanto a tal resistência injustificada à ordem judicial, repetimos o que já afirmamos por ocasião do exame das medidas cautelares em espécie (item 11.4), relativamente àquela constante do inciso VIII (a fiança). Cuida-se de explicitação dos deveres constantes dos dispositivos legais antes transcritos, que impõem obrigações de comportamento ao afiançado, resultantes da lei, e que deverão constar do Termo de Fiança, como verdadeiras determinações judiciais. Julgar-se-á também quebrada a fiança pela prática de nova infração penal dolosa.

Não se refere à Lei aqui à reincidência (art. 63, CP), a exigir condenação passada em julgado.

Tudo aqui gira em torno da *fundamentação* para a *imposição de medidas cautelares*, o que significa que se está em busca de razões suficientes para justificar o receio quanto aos riscos à efetividade do processo. A hipótese de *suposta* prática de nova infração dolosa, então, não carece de comprovação definitiva, mas, da solidez dos elementos informativos nesse sentido.

Pensamos mesmo que apenas quando se tratar de prisão em flagrante sob o fundamento da prática de infração penal dolosa se poderá pensar no *quebramento* da fiança sob essa perspectiva (art. 341, V). Sobre tal questão remetemos o leitor ao tema da prisão preventiva para garantia da ordem pública, no ponto em que se discute o risco de reiteração criminosa.

Mais.

Quando o aprisionado for pobre ou não tiver condições financeiras e nem econômicas para se submeter à fiança, o juiz poderá impor, com fundamento no art. 350, CPP, além de outras cautelares que entender pertinentes, as obrigações constantes dos arts. 327 e 328, sob pena de seu quebramento (da fiança).

Em resumo:

"I – a fiança consiste em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos etc., conforme se observa no art. 330 do CPP, e poderá ser prestada por qualquer pessoa;

II – descumpridas as condições fixadas na sua imposição (art. 327 e art. 328, CPP), será ela julgada quebrada, cuja consequência é a perda de metade de seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares mais gravosas, incluindo a prisão preventiva (art. 343);

III – será igualmente tida por quebrada a fiança quando o acusado deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; descumprir outra medida cautelar eventualmente imposta; resistir injustificadamente a ordem judicial, e, por fim, praticar nova infração legal;

IV – o dinheiro e objetos dados em fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa impostas na sentença penal condenatória passada em julgado, ainda quando ocorra a prescrição da pretensão executória do art. 110, Código Penal (art. 336);

V – se a fiança for declarada sem efeito, por qualquer razão, ou for definitivamente absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor da fiança será integralmente restituído, sem desconto e devidamente atualizado (art. 337);

VI – no caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei (art. 345);

VII – no caso de quebramento da fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei (art. 346)."

Observe-se, então, que, no que toca à restituição dos valores, corrigidos, da fiança, o Código de Processo Penal se refere à sentença absolutória e à extinção da ação penal, ressalvando, contudo, a hipótese de prescrição da pretensão executória, na forma do art. 110 CP, caso em que não se deveria devolver o valor afiançado.

Cabe, aqui, ponderar.

É que, se a prescrição da pretensão *punitiva* – antes da condenação definitiva – faz varrer quaisquer efeitos da sentença condenatória, o mesmo não ocorrerá com a prescrição da pretensão *executória* – após o trânsito em julgado da condenação. A primeira diz respeito ao processo *condenatório;* a segunda, ao processo *executório*.

É de se atentar, de todo modo, que a prescrição executória a que se refere a ressalva do art. 337, pressupõe decisão *condenatória*, o que não é caso da regra geral ali estipulada, cabível para as decisões absolutórias e para as demais formas de extinção da ação penal.

Na verdade, o legislador demonstra, mais uma vez, desconhecimento da técnica do processo.

Não há previsão de extinção da ação penal em nosso Código de Processo Penal. C que é extinto, e quando o é, é o *processo* e não a ação, exercida com a provocação do Judiciário, por denúncia ou por queixa.

De se ver, também, que, ao contrário de nosso Código de Processo Civil, a legislação processual até hoje não contempla hipóteses de extinção antecipada do processo, sobretudo sem a resolução do mérito.

Como quer que seja, cumpre esclarecer:

a) qualquer que seja a decisão judicial que *deixe de condenar o acusado*, a fiança deverá ser devolvida em sua integralidade. Incluem-se, então, rejeição da peça acusatória (art. 395, CPP), absolvição sumária (art. 397, CPP); absolviçã definitiva (art. 386, parágrafo único, II, CPP) e qualquer modalidade d extinção da punibilidade (art. 107, CP), ressalvada, unicamente, a prescrição da pretensão executória, que, repita-se, pressupõe sentença condenatória passada em julgado;
b) da mesma maneira, as decisões de arquivamento do inquérito ou das peças de investigação terão o mesmo efeito: a devolução integral da fiança eventualmente prestada.

11.12.3 A restituição da liberdade do art. 283, § 1º, do CPP

Se a liberdade provisória, como vimos, é uma medida cautelar, na qual se impõe ao indiciado ou acusado algumas restrições de direitos, devidamente previstas em lei, não há como enquadrar como uma espécie ou modalidade da aludida cautela a hipótese prevista no art. 283, § 1º, do CPP.

Aliás, a redação atual do citado dispositivo legal não deixa margem à dúvidas: "*as medidas cautelares previstas nesse Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa da liberdade"*.

A regra anterior era semelhante, conforme antiga redação do já modificado art.

321, que previa a hipótese em que o réu *se livrava solto*.

Trata-se, portanto, de restituição integral da liberdade, quando se tratar de réu preso em flagrante. Daí afirmar-se não ser hipótese de liberdade provisória, já que essa seria uma ou mais modalidades de medidas cautelares.

E com mais razões, não havendo prisão em flagrante, não se poderá também recorrer às cautelares no caso de apuração de delitos para os quais não se preveja pena privativa da liberdade. Corretamente, o legislador entendeu ser *desnecessária* e *inadequada* a imposição de qualquer medida cautelar àquele que, ainda que procedente a acusação, não sofrerá sanção privativa da liberdade, não se justificando, por isso mesmo, receios quanto à eficácia na aplicação da lei penal. De outro modo: o custo (restrição de direitos) não vale o benefício (garantia de aplicação de pena diversa da privativa da liberdade).

Assim, lavrado o auto de prisão em flagrante, a autoridade policial deverá restituir *incontinenti* a liberdade ao aprisionado, que passaria, então, a dela usufruir como se, para efeitos práticos, não tivesse sido preso.

11.12.4 *A inafiançabilidade constitucional e a vedação* ex lege *liberdade*

Eis que se chega a uma questão que, aliás, já tivemos oportunidade de abordar (item 11.2, relativo às determinações constitucionais da não culpabilidade). Evitemos repetições, sem prejuízo de alguns acréscimos.

A Constituição da República, ao lado de inúmeras garantias individuais, demonstrou seu alto grau de reprovação a determinados delitos, fazendo-o, porém, de modo juridicamente equivocado, a demonstrar imenso desconhecimento do ordenamento jurídico de sua época.

Evidentemente, o poder constituinte é soberano, não devendo obediência a qualquer forma de normatividade anterior. Sabemo-lo todos.

No entanto, quando ele (constituinte) se propõe a regular matéria legislativa a

partir de conceitos e institutos já em vigor e em aplicação é preciso certa cautela a fim de se evitar a criação e a profusão de confusões.

Pois bem.

Diz a Constituição que os crimes de racismo, de tortura, os crimes hediondos, o tráfico ilícito de entorpecentes e outros seriam inafiançáveis.

"**Constituição. Art. 5º** – XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático."

Tanto bastou para que, a partir da compreensão, logicamente aceitável, no sentido de que a expressão *inafiançabilidade* escolhida pelo constituinte perderia eficácia se o tratamento a ela reservado fosse apenas o de vedar a concessão de liberdade provisória *com fiança*, mas autorizando-a *sem a prestação dela*, se passasse a enxergar na regra da inafiançabilidade – quando *prevista na Constituição!* – a *proibição* da restituição da liberdade às pessoas aprisionadas sob tal fundamentação.

O argumento: se couber a liberdade provisória *sem fiança* para crimes *inafiançáveis*, haveria manifesta desigualdade no tratamento dos presos provisórios, já que se destinaria um regime de liberdade *menos gravoso* (sem fiança) para crimes mais graves (hediondos, drogas etc.) enquanto, para crimes menos graves, se poderia impor medidas mais onerosos (*com fiança)*.

O raciocínio, do ponto de vista lógico, está correto.

Mas do ponto de vista jurídico ele é *limitado*.

É que a questão atinente às restrições de direito e, enfim, à liberdade provisória daquele aprisionado em flagrante, constitui matéria de conformação legislativa.

Explicamos: cabe à Lei estabelecer os diversos regimes de liberdade, segundo seja a maior ou menor gravidade do crime e segundo seja a maior ou menor

necessidade da medida cautelar. A legislação brasileira não poderia se julgar *subordinada* à péssima e indevida escolha de palavras do texto constitucional, sobretudo porque a liberdade provisória é e sempre foi uma medida cautelar e não um benefício generosamente concedido pelo Estado.

Toda restrição de direitos fundamentais exige ordem judicial escrita e fundamentada.

E isso quem reconhece é o próprio constituinte, no ponto em que afirma que *ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária*, ressalva o flagrante delito e os crimes militares (art. 5º, LXI).

Haveria contradição no texto constitucional?

Não necessariamente, desde que se saiba sistematizar a matéria, tarefa da qual deveria se desincumbir o legislador.

Nada impediria e impedirá que a Lei futura viesse (ou venha) a reservar tratamento cautelar *mais gravoso* para os crimes *mais graves*, e regimes cautelares *menos gravosos* para infrações menos graves.

A afirmação, no texto constitucional, no sentido de que determinados crimes seriam *inafiançáveis*, não apresenta, necessariamente, um obstáculo intransponível à restituição da liberdade. Bastaria que o legislador, posterior à Constituição, estabelecesse um regime de cautelares diversos da fiança para os tais delitos inafiançáveis, mais igualmente eficientes. Por que o legislador não se valeu, por exemplo, da expressão *caução*, a ser prestada *unicamente em dinheiro*, para a restituição da liberdade para aqueles crimes inafiançáveis? Bastaria distinguir a fiança da caução, tanto pelo valor mínimo quanto pela espécie de garantia. A fiança poderia voltar a ser *fidejussória* (fiador) e não mais *real* (dinheiro e objetos), enquanto a *caução* implicaria o imediato recolhimento de dinheiro. Com isso, afastar-se-ia a problemática utilização da expressão inafiançabilidade.

Não cabe à lei, e nem à Constituição, afirmar *necessidades prévias* em matéria de *prevenção contra determinados riscos*, quando estes, os riscos, fundamento daquelas, somente podem ser constatados, *in loco*, em cada caso concreto. Essa vem a ser, de

fato, a hipótese de qualquer medida acauteladora em processos de conhecimentos humanos. Medida cautelar é *antecipação* de juízo (de conhecimento), a depender, sempre, de certo nível de *visibilidade* do perigo (*periculum in mora*), o que somente será possível ao exame das situações e circunstâncias concretas de cada caso. Jamais no plano abstrato das normas.

A Lei nº 12.403/11, nesse contexto, reforça tudo aquilo que vem de afirmar, prevendo medidas cautelares alternativas, tanto à prisão quanto à fiança, oferecendo às partes e ao magistrado um leque mais amplo de opções na tutela da efetividade do processo.

O art. 283, *caput*, CPP, por exemplo, reitera a necessidade de ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação de qualquer prisão, incluindo a *conversão* da prisão em flagrante para preventiva (art. 310, II).

Portanto, são absolutamente inválidas e inconstitucionais todas as proibições *ex lege*, ou seja, como mera decorrência da lei, de restituição da liberdade, tais como aquelas previstas: (a) outrora no art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90 (vedação que desapareceu em razão da alteração operada pela Lei nº 11.464/07), dos crimes denominados hediondos; (b) da inafiançabilidade da Lei nº 9.455/97, que trata dos crimes de tortura; (c) da Lei nº 10.826/03, do Estatuto do Desarmamento (vedação, como visto alhures, declarada inconstitucional na ADI 3.112-1); (d) Lei nº 11.343/06, relativa ao tráfico de entorpecentes. Entre as vedações remanescentes, ao que se vê, o legislador parece ter se convencido do equívoco, ao menos em relação à Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro). A Lei nº 12.683/12 revogou o art. 3º da referida legislação, que impedia a restituição da liberdade para aqueles delitos.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no entanto, ainda insistia na impossibilidade de restituição da liberdade para os crimes de tráfico de drogas. Ver, por exemplo: STF – HC nº 86.814/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, *DJ* 26.5.2006; HC nº 89.183/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, *DJ* 25.8.2006; HC nº 86.118/DF, Rel Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, *DJ* 14.10.2005.

No entanto, no julgamento do HC nº 104.339/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 10 de maio de 2012, afirmou a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei

de Drogas (Lei nº 11.343/06). Pensamos, portanto, que o mesmo entendimento irá prevalecer para as demais hipóteses legais de proibição da restituição da liberdade (liberdade provisória) previstas nas leis antes mencionadas.

Em consequência, não temos dúvidas em afirmar que, nas hipóteses em que não for cabível a fiança para os crimes alinhados no art. 323, CPP, o juiz imporá certamente o maior número possível de medidas cautelares (art. 319, CPP).

Mesmo após a posição final do STF o legislador insistiu em criar (nova) regra (igualmente) inconstitucional, agora consubstanciada no § 2º do art. 310, vedando a liberdade provisória quando se trata de agente reincidente, ou integrante de organização criminosa armada ou milícia, ou, ainda, que porte arma de fogo de uso restrito.

Estamos certos que aquela Corte reconhecerá, mais uma vez, a patente inconstitucionalidade da norma.

11.12.5 Execução provisória

Apesar de o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter decidido (ADCs 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07.11.19) que o art. 283 do Código de Processo Penal impede a execução provisória da pena, o tema ainda é da maior importância, na medida em que o ilustre Ministro Celso de Mello deixou aquela Corte em 2020. Como o referido julgamento se deu por maioria simples (6 votos a 5), e o douto Ministro se filiava à corrente vencedora, é possível que haja mudança na compreensão daquele Tribunal em breve.

Oportunidade para o debate não faltará, já que a Lei 13.964/19 passou a prever hipótese de execução provisória no Código de Processo Penal, no art. 492, I, "e" (rito do Tribunal do Júri) – e pior: após a sentença, ainda em primeira instância! Veremos mais sobre a novidade no Capítulo referente aos procedimentos (14).

Pensamos que a possibilidade de execução provisória da pena afronta não apenas o texto legal vigente do art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, mas também (e principalmente) o princípio constitucional da não culpabilidade, como

também atinge o texto legal vigente do art. 283, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11. Por isso e para isso a referida execução (provisória) somente seria possível em situações excepcionais, em que se comprovasse o manifesto interesse protelatório dos recursos aviados.

Reproduzimos por aqui as considerações que fizemos ao exame do princípio da inocência (item 3.3.1.5, *retro*).

"No julgamento do HC 126.292 (posteriormente referendado pelo Plenário nas ADC nºs 43 e 44, em 5.10.2016), porém, o Supremo Tribunal Federal *modificou radicalmente* a sua posição sobre o princípio da não culpabilidade, permitindo a *execução provisória* da condenação *já após a decisão do Tribunal de segundo grau*. A decisão vigorou até a data de 07.11.2019, quando a mesma Corte retomou a compreensão anterior, vedando esta modalidade de execução (ADCs 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio). Como se vê, a decisão desconsiderava a exigência do *trânsito em julgado*, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão *da qual não caiba mais recurso*.

E, ao contrário do quanto ali sustentado, a matéria não nos parece ser de *conformação legislativa*, mas claramente de índole constitucional. A menos que se modifique a Constituição, como assim queria a conhecida proposta de Emenda Constitucional designada por *Emenda Peluso*, não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser por essa via (constitucional).

No ponto, parece-nos relevante também acentuar que nem sequer a legislação brasileira em vigor contempla a possibilidade de recurso *após o trânsito em julgado*, como ocorre, por exemplo, em Portugal, com o recurso extraordinário de lá. Em *terrae brasilis*, o *trânsito em julgado* é a tradução da decisão a salvo de recursos, mesmo aqueles da via extraordinária.

Muito antes pelo contrário, a Lei nº 12.403/11, dando nova redação ao art. 283, CPP, prevê que toda prisão, *antes do trânsito em julgado*, deve se amparar em fundamentação cautelar. Ou seja, a Lei brasileira veda expressamente a *execução provisória*.

Exceções ao princípio, é claro, até poderão ocorrer, sem qualquer mácula ao pensamento garantista, como, de resto, comprova-o o direito comparado, mundo afora. Em situações e contexto absolutamente excepcionais. O *Direito* é regra, mas é, também *exceção*."

CAPÍTULO 12

Das Citações e Intimações

12.1 Das citações

O processo penal, no processo comum (ordinário e sumário), inicia-se com o recebimento da denúncia, após o que o juiz ordenará a citação do acusado para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar resposta escrita (art. 396, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08). Somente depois da resposta escrita, e não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397, CPP), é que o juiz designará audiência de instrução, na qual se concentrarão os atos de instrução, com inquirição do ofendido, de testemunhas, de peritos, e, por fim, com o interrogatório do acusado (art. 400 e art. 531, CPP).

A citação é, portanto, modalidade de ato processual cujo objetivo é o chamamento do acusado ao processo, para fins de conhecimento da demanda instaurada e oportunidade do exercício, desde logo, da ampla defesa e das demais garantias individuais.

A relevância da questão penal e, sobretudo, das consequências que poderão advir quando procedente a pretensão punitiva impõe maior cautela no tratamento da citação, que, como regra, deverá ser pessoal, por mandado.

A matéria, no que respeita aos diversos meios pelos quais se pode obter a citação

do réu no processo penal, não oferece maiores dificuldades, conforme veremos a seguir, com a identificação de cada uma das modalidades de citação.

As questões mais relevantes e que podem provocar dissensos significativos serão apreciadas a seu tempo, após a exposição dos procedimentos cabíveis.

12.1.1 Espécies de citação

Antes do exame das espécies de citação previstas na legislação processual penal, impõe-se destacar o quanto contido na Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, no ponto em que ela prevê a informatização do processo judicial, aplicável também à jurisdição penal, nos termos do art. 1º, § 1º. Diz mais: o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico são admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (art. 2º, Lei nº 11.419/06).

Como se vê, nada impedirá a utilização dos meios eletrônicos para a realização de quaisquer atos processuais, incluindo citações, intimações, notificações, cartas precatórias e de ordem (art. 7º e art. 9º), desde que regularmente cadastrados os interessados.

Nos termos do art. 363, *caput*, do CPP (Lei nº 11.719/08), "*o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado*".

a) Citação por mandado

A regra, tratando-se de citação a ser realizada na mesma comarca ou local em que o juiz da causa exerce a sua jurisdição, é a citação pessoal, por mandado, no qual deverão constar todas as informações relativas à demanda (art. 352), reunidas sob a rubrica dos requisitos *intrínsecos*, isto é, que compõem a forma e o conteúdo do mandado.

A citação, nesse caso, é feita por oficial de justiça, devendo ele proceder à leitura do mandado para o acusado, bem como à entrega a este da contrafé (cópia integral do

instrumento), o que será certificado nos autos, ainda que o réu se recuse a recebê-la (art. 357). São os chamados requisitos *extrínsecos* (que se encontram fora do mandado) da citação.

b) Citação por precatória

Quando o acusado residir fora do território em que o juiz exerce a jurisdição, a citação será feita por meio de carta precatória, via da qual o juiz deprecante (o da causa) pede ao juiz deprecado (aquele da jurisdição onde reside o réu) o cumprimento do ato processual citatório.

Fala-se em carta precatória porque a prática do ato é solicitada a outro juiz que não aquele em cuja jurisdição tem curso a ação penal. O mesmo se dá quando a prática do ato de citação é solicitada a juiz de outro país, no qual se encontra a pessoa a ser citada. Todavia, nesse caso, o Código de Processo Penal preferiu referir-se às cartas rogatórias, cujo significado vernacular é o mesmo: pedir, solicitar, requerer ou rogar a prática de ato originariamente da competência do deprecante.

As cartas precatórias seguem as mesmas disposições relativas ao mandado de citação, no que se refere às informações relativas à demanda (art. 354), e constituem, igualmente, modalidade de citação pessoal, pelo que exigem, também do mesmo modo, a leitura do mandado, a entrega da contrafé e a certificação (por certidão nos autos) de toda a diligência, lavrada pelo oficial de justiça (art. 357).

Consoante o disposto no art. 355, § 2º, CPP, quando, no cumprimento de carta precatória para fins de citação, o oficial de justiça verificar que o acusado está se ocultando para não ser citado, deverá lavrar certidão nesse sentido e devolver o mandado para o fim previsto no art. 362 do CPP. O juiz deprecado devolveria, então, imediatamente, a carta precatória ao juízo deprecante, para que fosse realizada a citação por edital.

Surge aqui, talvez, uma primeira dúvida em relação à extensão das modificações trazidas pela Lei nº 11.719/08, que instituiu, também no processo penal, a citação por hora certa (art. 362, CPP). É que o art. 355, § 2º, CPP, em sua redação original fazia (e ainda faz!) remissão ao art. 362 do CPP, no caso de citação por precatória

frustrada pela ocultação do acusado, ao qual remete aquele dispositivo, cuidava da citação por edital. Assim, cumpre saber se, em semelhante situação, seria o caso de citação por edital, nos termos do aludido art. 355, § 2º, CPP (como determinado anteriormente à alteração do art. 362, CPP), ou se seria de se aplicar a citação por hora certa, adotando-se as providências contidas nos arts. 227 a 229 do CPC/1973 (arts. 252 a 254 do CPC/2015) ainda em vigor (Lei nº 5.869/73), conforme consta da atual redação do art. 362, CPP.

Pensamos que a citação deverá ser feita por hora certa, cujo procedimento será visto mais adiante. A justificativa: a citação editalícia pressupõe desconhecimento quanto ao paradeiro do réu, o que não ocorre no caso da precatória na qual se confirme a residência do acusado. Havendo, então, elementos que permitam concluir estar ele se ocultando para não ser citado, nada impedirá a citação por hora certa, sobretudo porque semelhante modalidade de citação será feita ainda que o réu se "oculte" em outra comarca, seção ou subseção judiciárias (art. 253, § 1º, do CPC). Além do mais, a citação por precatória é espécie de citação *pessoal*, devendo ser adotado, assim, o respectivo procedimento.

Se constatado e certificado pelo oficial de justiça que o acusado não mais se encontra naquele território de jurisdição, a carta precatória será remetida ao juízo sob cuja jurisdição estiver aquele, se ainda houver tempo para a realização da diligência (art. 355, § 1º, CPP). É o que se denomina normalmente por carta precatória itinerante.

De se ver a modificação introduzida pela Lei nº 11.900/09, na qual se prevê a possibilidade de inquirição por videoconferência no cumprimento das cartas precatórias (art. 222, § 3º, CPP). Nesse caso, há que se exigir a designação de defensores nos dois locais (juízo deprecado e juízo deprecante), sobretudo quando o aludido ato for realizado ao mesmo tempo (tempo real) que a audiência de instrução e julgamento na sede do Juízo (deprecante).

c) Citação por hora certa

Como vimos, o art. 362, CPP, a partir da redação que lhe deu a Lei nº 11.719/08,

introduziu a citação por hora certa no processo penal, adotando-se o mesmo procedimento do processo civil, tal como previsto nos arts. 227 a 229 do CPC/1973 (arts. 252 a 254 do CPC/2015).

Eis o procedimento:

"Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o *caput* feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência. § 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.

§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.

§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

§ 4º O oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia.

Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência".

Como se vê, o ato citatório se efetiva com a diligência à residência e a entrega da contrafé. A expedição de carta, telegrama ou radiograma, ainda que considerada integrante do ato, não interfere na contagem do prazo para a resposta escrita, cujo início, então, será a data designada pelo oficial para o novo comparecimento, com a entrega da contrafé.

E não se pode esquecer também de que há novos ritos procedimentais no processo penal, trazidos também com a Lei nº 11.719/08, nos quais o interrogatório não é mais o primeiro ato de instrução; pelo contrário, é o último, a ser realizado na audiência concentrada de instrução, após a inquirição do ofendido, das testemunhas e peritos e assistentes técnicos (art. 400 e art. 531, CPP).

Com isso, o acusado não será citado para comparecer à sede do juízo, mas para apresentar resposta escrita, no prazo de dez dias. Assim, se citado por hora certa, o réu não oferecer defesa, deverá o juiz nomear defensor a ele, para a apresentação da defesa escrita, no mesmo prazo de 10 (dez) dias (art. 396-A, § 2º, CPP).

Nesse sentido, passível de crítica a redação do parágrafo único do art. 362, CPP, na parte em que determina a nomeação de defensor dativo ao acusado, citado por hora certa, *que não comparecer!* Comparecer onde e quando, se o mandado é para a apresentação de defesa escrita?

Evidentemente, comparecendo ele perante o juiz, ou constituindo advogado, antes da audiência de instrução, nada impede que o juiz renove o prazo de defesa escrita, adotando o mesmo procedimento previsto para a citação editalícia (art. 363, § 4º, CPP), por força de autorização constitucional do princípio da ampla defesa. No entanto, se o comparecimento ocorrer já na audiência de instrução, deve-se prosseguir no processo em seus ulteriores termos, com inquirição de testemunhas e o interrogatório.

Citado por hora certa, o prazo para o oferecimento da resposta inicia-se na data do ato citatório, e não das providências posteriores do art. 229, CPC/1973 (art. 254 do CPC/2015). Ver Súmula nº 710, STF.

Cumpre esclarecer, contudo, que referida modalidade de citação não poderá ser utilizada como substitutivo da citação pessoal, como se qualquer ausência do citando no endereço justificasse a adoção da medida. Há que se cumprir rigorosamente as exigências legais, dado que o aludido ato processual é absolutamente relevante para a estrita observância do devido processo legal.

Registre-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade dessa modalidade de citação (RE 635145, com Repercussão Geral reconhecida) e julgou-a plenamente compatível com o direito de ampla defesa.

d) Citação por edital

A citação por edital, também conhecida como citação ficta, constitui expediente cujo objetivo seria impedir a paralisação da ação penal, quando não encontrado o acusado nos endereços disponíveis.

Trata-se, na realidade, de verdadeira ficção, na medida em que parte do pressuposto de ser efetivamente possível ao réu tomar conhecimento da existência de uma acusação penal pela simples publicação da notícia em periódico com circulação local e/ou a sua (da notícia) afixação na sede do juízo.

Se o ato citatório é indispensável para a regularidade do feito, uma vez que é ele que possibilita ao réu não só o conhecimento da demanda, mas a oportunidade do exercício da ampla defesa, do contraditório, do direito ao silêncio e das demais garantias processuais individuais, não há dúvida de que semelhante modalidade de citação não cumpre o seu destino, na maioria das vezes.

Por essa razão, conforme se verá adiante, mais especificadamente, a Lei nº 9.271/96 modificou a redação do art. 366, nele inserindo a exigência de suspensão do processo e do prazo prescricional quando o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório nem constituir advogado para a defesa de seus interesses. E a redação ali inserida permanece vigente, ainda que sua modificação tenha sido "tentada" na Lei nº 11.719/08. Tentativa essa que se viu frustrada pelo veto presidencial à parte das modificações do art. 363 e do art. 366 do CPP.

Antes de adentrarmos as questões mais relevantes que o tema da citação pode suscitar, continuemos com a ritualística dos atos processuais citatórios.

A primeira modalidade de citação por edital, a mais comum e frequente delas, é a citação fundada no desconhecimento quanto ao local em que se encontra o réu. Realizadas todas as diligências cabíveis e pertinentes, e se, ainda assim, não for ele encontrado, deverá o oficial de justiça certificar nos autos que o réu se acha em local incerto e não sabido.

Por óbvio, não se exige a adoção incondicional da expressão "local incerto e não sabido", como se se tratasse de fórmula sacramental. O que há de ser exigido é a referência expressa às providências adotadas pelo oficial de justiça, bem como a

impossibilidade de prosseguimento das diligências, pelo desconhecimento do paradeiro do réu.

Não se pode também exigir que sejam pesquisados todos os órgãos públicos que eventualmente possam apresentar mais informações sobre o acusado, havendo decisões, inclusive, em que se dispensa a consulta prévia à Justiça Eleitoral e ao *antigo* Ministério do Trabalho – que atualmente integra o Ministério da Economia, por força da Lei nº 13.844/19 (*RT* nº 531/289).

É de se observar, porém, que a desnecessidade das apontadas diligências se manifesta em hipóteses nas quais já existam, nos autos do inquérito policial ou de procedimento administrativo investigatório, informações acerca do endereço e/ou do paradeiro do acusado, ainda que, posteriormente, essas informações não se revelem suficientes.

Quando, ao contrário, não se souber, desde o início das investigações, quaisquer indicações sobre a localização do réu, parece-nos indispensável a consulta aos órgãos públicos disponíveis (Tribunal Regional Eleitoral, por exemplo).

Certificada, então, a impossibilidade de se encontrar o réu para a citação pessoal, deverá o juiz determinar a sua citação editalícia, com o prazo de 15 dias (art. 361). A citação será para a apresentação de defesa escrita no prazo de 10 (dez) dias, contados, então, a partir do término do prazo editalício (quinze dias).

Não apresentando defesa escrita e, assim, não constituindo defensor, o juiz deverá aplicar o disposto no art. 366, *caput*, do CPP, suspendendo-se o processo e o curso do prazo prescricional, sem prejuízo da produção de provas urgentes e, eventualmente, da decretação da prisão preventiva, se presentes os seus fundamentos.

Dissemos ter havido uma tentativa de modificação do *caput* do art. 366 pela Lei nº 11.719/08, cujos termos passariam a integrar o art. 363, com a inclusão de novos parágrafos (§ 2º e § 3º). A mudança, porém, foi objeto de veto presidencial. Assim, como não foi afastado o veto, permanece íntegro o texto anterior (do art. 366, *caput*, CPP).

Comparecendo o acusado citado no edital, a qualquer tempo, deverá o juiz dar

prosseguimento ao processo, cumprindo-se o quanto disposto nos arts. 394 e seguintes do CPP (art. 363, § 4º, CPP). No ponto, merece registro a previsão do art. 396 parágrafo único, CPP, segundo a qual o prazo para a defesa do réu citado por edital somente começaria a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

Ora, em primeiro lugar, o réu não é citado para comparecimento ao juízo, e sim para a apresentação de defesa escrita. Em segundo lugar, a aplicação do art. 366, *caput*, isto é, a suspensão do processo e do prazo prescricional, não dependerá nem do comparecimento do acusado (por óbvio) e nem da constituição de advogado (por óbvio, ululante). Aliás, muito ao contrário, será a ausência de defesa escrita, a partir do prazo de 10 (dez) dias contados do fim do prazo editalício, que permitirá a sua aplicação. A Lei nº 11.719/08, como se sabe, teve sua redação original (em 2001) modificada ao longo desses anos, com o que restaram alguns resquícios da ordem anterior, na parte em que o réu era citado para o comparecimento ao interrogatório e não para a defesa escrita. Essa a razão da obscuridade de alguns de seus dispositivos.

O procedimento da citação por edital é um pouco diferente no processo penal.

Se houver órgão de publicações oficiais no local, ou ainda que estas publicações se façam via particular, por meio de verbas orçamentárias específicas, o edital, contendo todas as informações relevantes sobre a ação penal e, sobretudo, o nome ou identificação física notória e a imputação penal objeto da acusação (aceitando-se a referência expressa ao tipo penal), bem como o prazo para a apresentação da defesa escrita, deverá ser publicado na imprensa uma única vez; além disso, deverá ser afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo, juntando-se, aos autos, cópia do exemplar e certidão do oficial de justiça atestando a afixação (art. 365).

Se no local do juízo não houver imprensa, ou, existindo, não houver verba orçamentária suficiente para a publicação, bastará a afixação do edital na sede do Foro judiciário.

e) Citação do militar e do funcionário público

Segundo a disciplina do Código de Processo Penal, a citação do militar será feita

por intermédio do chefe do respectivo serviço (art. 358), o que equivale dizer que será feita por meio de requisição ao superior hierárquico do citando. A requisição deverá conter as mesmas informações constantes do mandado de citação, podendo até mesmo dele (mandado) se fazer acompanhar.

Da perspectiva da ampla defesa, não há como se dispensar a comprovação de que a citação tenha efetivamente chegado ao seu destino, embora não se possa exigir a certidão do oficial de justiça, uma vez que, em semelhante modalidade, não há a sua intervenção. E como o ato do superior hierárquico não goza de fé pública, como ocorre com aqueles praticados pelo oficial de justiça, a comprovação da efetiva citação – quando houver alegação de sua inexistência – poderá ser feita por todos os meios de prova.

O funcionário público civil deverá ser citado pessoalmente, ainda que o Código de Processo Penal faça referência à notificação (art. 359), devendo ser notificado (agora sim) também o chefe da repartição. O único objetivo da notificação feita ao chefe da repartição é preservar a continuidade do serviço público, permitindo, então, a prévia substituição do citando no dia e hora designados.

Entendemos, mais, que ao chefe do serviço deverá ser informada, na notificação, apenas e unicamente a existência do compromisso do funcionário público, sem mais referências à imputação penal, para que se preserve o direito à intimidade e à privacidade do acusado.

f) Citação por meio de carta rogatória

Encontrando-se o acusado no estrangeiro ou em sede de legações estrangeiras (embaixadas e consulados), a citação será feita por meio de carta rogatória, nos termos dos arts. 780, 783 e seguintes do CPP, sendo o pedido de citação encaminhado pelo juiz ou tribunal ao Ministro da Justiça, para envio, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.

Com a redação dada ao art. 368 do CPP pela Lei nº 9.271/96, serão citados no estrangeiro por carta rogatória apenas os acusados cujo endereço seja conhecido,

suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento. Não se sabendo ao certo o seu paradeiro, segue-se a regra comum das citações por edital, tendo em vista que, aqui (no país) ou acolá (no estrangeiro), estaria ele em local incerto e não sabido.

De se ver que a Lei nº 11.900/09 criou o art. 222-A do CPP, para determinar que a s *cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio* , além de estender a aplicação do disposto no art. 222, § 1º e § 2º, do CPP, também às rogatórias. Sobre o tema, ver nossas observações constantes do final do item 9.2.3.6.

g) Citações e intimações por meio de carta de ordem

Por carta de ordem deve-se entender a determinação, por parte de tribunal, superior ou não, de cumprimento de ato ou de diligência processual a serem realizados por órgãos da jurisdição da instância inferior, no curso de procedimento da competência originária daqueles.

É o que ocorre, por exemplo, relativamente à citação (e também às intimações), quando quem houver de ser citado não residir no local da sede da jurisdição do tribunal.

Até mesmo atos processuais instrutórios podem ser delegados pelos e/ou aos tribunais, conforme se observa, por exemplo, no disposto no art. 239, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

12.1.2 Citação do réu preso

Parece-nos necessário o tratamento em separado da citação do réu que se encontrar preso, diante das particularidades que cada caso concreto pode apresentar.

Isso porque não se pode perder de vista que a situação de quem se encontra privado de sua liberdade é inteira e profundamente distinta daquele que se acha em pleno gozo dela, para fins específicos do efetivo exercício das garantias processuais individuais.

A Lei nº 10.792/03 alterou a redação do art. 360 do CPP, para esclarecer que a citação do réu preso será feita sempre pessoalmente. É dizer: não será mais possível a citação por edital, independentemente de onde se encontrar preso o réu. A mudança é significativa, tendo em vista a antiga Súmula nº 351 do STF, segundo a qual "é nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce a sua jurisdição".

Em razão desse entendimento jurisprudencial, aceitava-se a citação editalícia do réu quando a prisão ocorresse em outro local da Federação. E isso porque o registro das incidências policiais no Brasil é ainda regionalizado, cabendo às respectivas Secretarias de Segurança Pública o controle dos dados relativos à existência de inquéritos policiais formalizados, em cujo cadastro se poderão encontrar facilmente eventuais privações da liberdade impostas a quem se achar submetido à jurisdição penal.

Pela atual redação do art. 360, todo réu preso, esteja onde estiver, deverá ser citado pessoalmente, por mandado (quando na sede da jurisdição da ação penal em curso), ou por precatória (quando em outra jurisdição).

E, além de esclarecer esse ponto específico, fez-se o mesmo em relação a uma outra questão, ainda mais relevante.

Com efeito, não se poderá sustentar que o réu preso deverá ser simplesmente requisitado, dispensando-se a apresentação do mandado, como entendia a jurisprudência anterior à Lei nº 10.792/03. Sobre o tema, já sustentávamos, nas edições anteriores, que a dispensa do ato citatório, com entrega do mandado e ciência efetiva da imputação, era absolutamente discriminatória. Do mesmo modo que se afirmava que o réu preso, quando conduzido coercitivamente à presença do juiz, teria efetivamente conhecimento dos fatos articulados na denúncia ou queixa, podia-se entender que o acusado livre poderia também, querendo, comparecer previamente à sede do juízo, para conhecer a acusação contra ele instaurada, bastando uma simples comunicação da existência da ação penal, sem os rigores do mandado judicial de citação.

Dizíamos: "O que se percebe é que o tratamento destinado ao acusado preso é

manifestamente discriminatório, como se tratasse, na realidade, do verdadeiro culpado, à espera apenas da inevitável condenação. Recorrendo a uma imagem (de cultura) bastante recorrente no cotidiano, parte-se do pressuposto de que o preso sabe muito bem o que fez. Pode ser. O problema é que pode também não ser. E aí, no campo das possibilidades – e é nessa ordem de conjecturas que a questão se situa – não se pode partir para conclusões práticas que impliquem decisões fundadas em certeza. O proveito não vale o risco."

O réu preso, então, deverá ser citado pessoalmente, e, depois, requisitado junto à autoridade policial, para o acompanhamento da audiência de instrução e interrogatório (art. 399, § 1º, CPP). Aliás, com isso, consolida-se uma imposição já existente na ordem jurídica brasileira, consubstanciada no art. 8º, *b* e *c*, do conhecido Pacto de São José da Costa Rica, a dispor que o réu tem direito à "comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada, bem como ter prazo para preparar a sua defesa". Ora, como preparar a defesa quando se tem conhecimento da acusação somente no próprio ato de inquirição?

Nos termos do art. 185, § 1º, CPP (com redação dada pela Lei nº 11.900/09), a regra do interrogatório do réu preso passaria a ser a de sua realização no próprio estabelecimento prisional. Ver, sobre a matéria, nossas reflexões lançadas ao exame do item 9.2.1.3, em cujo local discutimos também o interrogatório por videoconferência.

12.1.3 Citação do incapaz

A citação do incapaz é feita pessoalmente, até mesmo porque pode-se não se ter notícia ainda da incapacidade. Quanto à antiga menoridade (a do menor de vinte e um e maior de dezoito), que exigia a nomeação do curador, nos termos do art. 262, CPP, cumpre ressaltar a sua superação legislativa, sobretudo a partir da revogação do art. 194 do CPP.

Remetemos o leitor aos estudos realizados no item 5.6.2, no qual se aborda mais detidamente a questão relativa à superveniência do novo Código Civil, bem como

suas consequências em relação às disposições processuais penais (ver, desde logo, a previsão contida no art. 2.043, Código Civil).

Se, porém, a incapacidade já for conhecida (art. 149, CPP), a citação deverá ser feita na pessoa do curador designado pelo juízo criminal ou que estiver no exercício legal da curatela.

Evidentemente, uma vez comprovada a incapacidade após a instauração da ação penal, deverão ser anulados quaisquer efeitos resultantes do não atendimento oportuno ao ato de citação.

12.1.4 Revelia e suspensão do processo e do prazo prescricional

Atentando para os graves efeitos decorrentes da citação ficta, a Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, reformulou completamente a regulamentação da citação por edital, ao prever, alterando a redação do art. 366, a suspensão do processo, com a correspondente suspensão do curso do prazo prescricional, sempre que o acusado, citado por edital, não comparecer ao interrogatório nem constituir advogado para a defesa de seus interesses.

Um reparo: com a Lei nº 11.719/08, o interrogatório não é mais o primeiro ato do processo penal. O réu é citado para a apresentação de defesa escrita e não mais para comparecer ao interrogatório. Aliás, esse, o interrogatório, é o último ato a ser realizado na audiência de instrução. Assim, deve-se reler o art. 366, CPP, substituindo-se a expressão "comparecer" por "apresentar defesa escrita".

De todo modo, a alteração foi substancial.

Pela redação anterior, o não comparecimento do réu ao interrogatório (nos antigos ritos, ordinário e sumário), quando citado por edital, autorizava o prosseguimento do processo à sua revelia, bastando apenas a nomeação de um defensor (dativo) para o acompanhamento da ação.

Advirta-se que, em processo penal, a revelia, verificada a partir da ausência

injustificada do acusado por ocasião da realização de qualquer ato relevante do processo, tem como única consequência a não intimação dele para a prática dos atos subsequentes, exceção feita à intimação da sentença, que deverá ser realizada sob quaisquer circunstâncias. Segundo o disposto no art. 367, para o reconhecimento e a aplicação da revelia, basta o não comparecimento a qualquer ato do processo, sem justificativa, bem como a mudança de residência, sem comunicação do novo endereço.

Como se observa, a sanção decorrente da revelia tem em mira a tutela do regular andamento do feito, de modo a afastar eventuais obstáculos que a alegação de ausência do acusado poderia acarretar. Exatamente por isso, não basta a alteração da residência, sem comunicação do juízo, para a aplicação da revelia. É preciso que, de tal fato, decorra a ausência do réu na realização da audiência ou de outro ato processual em que seja exigida a sua presença.

Como os atos processuais instrutórios são concentrados em uma audiência una, o não comparecimento do acusado não implicará a dispensa da intimação pessoal da sentença (art. 392, CPP). Como já assinalamos, o direito ao silêncio ou direito a permanecer calado autoriza a escolha, pelo acusado, da atitude a ser seguida em relação ao comparecimento ou não à audiência de instrução, excetuando-se apenas a hipótese em que sua presença seja uma imposição legal, como no caso, por exemplo, do reconhecimento de pessoas (art. 226, CPP). Tratando-se de direito, do não exercício dele não poderá, por óbvio, advir qualquer sanção, de que natureza for.

Construída em bases totalmente distintas, e já sob o pressuposto da ineficácia prática de toda citação ficta, a regra trazida pela Lei nº 9.271/96 é inteiramente mais benéfica que a anterior. E assim é porque exige a efetiva participação do acusado no processo, redimensionando o princípio da ampla defesa, de pouquíssima valia (quando de nenhuma) nos processos de réus citados por edital. Na sua maioria, a defesa dativa exercida em tais processos quase nunca passou do simples comparecimento aos atos instrutórios, sem uma contribuição efetiva à causa defensiva. Por certo que não se podem responsabilizar os defensores (ou somente os defensores) pela precariedade da defesa, mas sobretudo a ausência de informações

relevantes sobre os fatos imputados aos acusados, de conhecimento exclusivo destes últimos, é a causa mais comum da debilidade dessas atuações (da defesa dativa).

Com a atual regra do art. 366, *caput*, CPP, não apresentando defesa escrita o acusado citado por edital, deverá o juiz determinar a suspensão do processo, impondo a lei, como consequência, a suspensão também do prazo prescricional.

A suspensão do prazo prescricional, que, a nosso aviso, nem sequer necessita ser declarada pelo juiz, porque decorrente de lei expressa, é consequência natural da suspensão do processo, e somente em razão desta é que se justifica. Ora, se a prescrição penal tem o controle das atividades persecutórias penais, uma vez que esteja impedido o Estado de promover a ação penal, não se pode mesmo adotar outra solução que não a suspensão do prazo prescricional.

Se houver, porém, necessidade da prática de atos instrutórios de natureza urgente (sobretudo em relação às provas periciais e testemunhais), o juiz poderá determinar a antecipação de provas, devendo estar presentes à sua produção tanto o Ministério Público quanto um defensor dativo (se a designação de um defensor é para a prática de ato certo e determinado, o mais adequado seria falar em defensor *ad hoc*), tudo nos termos do art. 366, CPP.

Aparecendo e comparecendo o acusado, será ele tido por pessoalmente citado, prosseguindo normalmente o curso do processo, nos termos dos arts. 394 e seguintes do CPP.

Mais uma observação: o apontado art. 366 autoriza o juiz, se for o caso, a decretar prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP.

A lembrança parece-nos inteiramente desnecessária.

Havendo razão para a decretação da prisão preventiva, e sobretudo aquela para assegurar a aplicação da lei penal ou até mesmo por conveniência da instrução criminal (se o réu, embora oficialmente em local incerto, estiver intimidando testemunhas, por exemplo), não seria preciso recorrer à ressalva do art. 366, ainda que suspenso o curso do processo.

Isso porque a prisão preventiva, como vimos, tem natureza eminentemente

cautelar, isto é, de medida de urgência. Assim, se mesmo a produção de prova pode ser antecipada (pela urgência), não haveria razão para a proibição da decretação da prisão preventiva, que, aliás, poderia justamente obviar a suspensão do processo. É o que poderá ocorrer, por exemplo, nas citações por hora certa em razão de se encontrar o réu se ocultando para não ser citado (art. 362, CPP).

Por último, é importante assinalar que a alteração do art. 366, CPP (Lei nº 9.271/96) não contemplou a suspensão *ad eternum* do processo. O prazo de sua suspensão deverá encontrar o seu limite naqueles prazos previstos para o reconhecimento da prescrição da pena em abstrato, ou seja, conforme estiver previsto na regra do art. 109 do CP ou em legislação específica. E assim é, parece-nos, por uma razão muito simples: qualquer que seja a fundamentação que legitima a existência da prescrição da punição penal (e, a nosso juízo, os motivos estariam ligados ao efetivo controle da atividade estatal persecutória), seria ela perfeitamente adequada ao entendimento que registramos. Com efeito, não parece possível qualquer distinção de tratamento para o caso de não existir ação penal em curso, porque ainda não apurada a responsabilidade penal (caso expresso do art. 109, CP), e para o caso de, existindo a ação, encontrar-se ela suspensa por desconhecimento do paradeiro do acusado. Em uma e outra hipótese, a essência dos fatos é a mesma: impossibilidade prática de aplicação da lei penal.

No entanto, embora seja este o entendimento (correto) do Superior Tribunal de Justiça, constante, aliás, de recentíssima Súmula, de nº 415: *O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada*, colhe-se divergência em anterior decisão da Primeira Turma do STF, no julgamento do RE 460.971/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, jul. em fevereiro de 2007. Ali, no STF se decidiu pela possibilidade de a Lei – e não só a Constituição – criar hipóteses de *imprescritibilidade*.

Equívoco manifesto daquele julgado (no STF), com o devido respeito aos doutos participantes da decisão, e, de modo especial, seu Relator, então Min. Pertence. Sem adentrar o mérito de ser ou não possível à Lei impor casos de imprescritibilidade, é bem de ver que sequer assim determinou a Lei nº 11.719/08, na redação do art. 366.

Ali se faz referência apenas à suspensão do prazo prescricional: não há revogação e nem exceção às regras do art. 109, CP. Não há, como de rigor – como se vê na Constituição da República –, determinação expressa de imprescritibilidade. E nem poderia havê-lo. Resta o consolo de não se tratar de decisão do Plenário. A respeito deste tema, calha anotar que foi reconhecida repercussão Geral no RE 600.851 RG/DF, no qual, finalmente, o Pleno do STF deve dar contornos finais à discussão. É aguardar para ver.

a) Crimes de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98) e citação por edital

Atento às características e às condições pessoais dos agentes que praticam a criminalidade macroeconômica, entre as quais certamente se há de incluir os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a referida lei faz ressalva da aplicação do art. 366, CPP, em relação a tais delitos, estabelecendo que "no processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do CPP, devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com nomeação de defensor dativo" (art. 2º, § 2º, com redação dada pela Lei nº 12.683/12).

Aplicar-se-ia, então, o art. 367, que estabelece a revelia do réu que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixa de comparecer sem justificativa.

Como visto, a Lei nº 9.613/98 veio a ser modificada pela Lei nº 12.683/12, mantendo, no entanto, a regra da não aplicação do disposto no art. 366, CPP, a tais delitos (art. 2º, § 2º). E como a citada Lei (12.683/08) é posterior à Lei nº 11.719/08, pode-se afirmar não ser mais cabível, para tais delitos, a norma prevista no art. 396, parágrafo único, CPP, que dispõe no sentido de que, *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*.

Assim, no caso de citação por edital, deverá ser designado defensor dativo para a apresentação de resposta escrita e para os demais termos do processo.

Não vemos aí inconstitucionalidade, embora se reconheça o prejuízo à atividade defensiva, na medida em que a ausência da participação do acusado diminui a

eficiência da produção de provas e da argumentação em seu favor. No entanto, é de se ver que a citação por edital somente se legitima nos casos em que o acusado *se encontre em lugar incerto e não sabido*, hipótese de dificílima ocorrência nos casos de lavagem de dinheiro.

Como o Direito é sempre regra, mas também sempre exceção, não vemos razões para se recusar o citado art. 366, CPP, determinando-se a suspensão do processo e do prazo prescricional, nas hipóteses – e somente nelas! – em que o(s) acusado(s) não for(em) encontrado(s) em nenhuma fase da persecução, e, mais especificamente, na fase de investigação. Nesses casos, se se puder constatar efetivamente o risco de fuga, nada impediria o manejo das medidas cautelares pessoais, incluindo a prisão.

12.2 Das intimações

Enquanto por meio da citação leva-se ao conhecimento do acusado a existência de uma ação penal contra ele instaurada, bem como a designação de determinado ato processual (o interrogatório), pela intimação se dá conhecimento da prática dos demais atos processuais realizados e a serem realizados no processo, bem como da necessidade ou da possibilidade (ou faculdade) da participação, tanto das partes quanto das pessoas (terceiros) que, eventualmente, devam ou possam a eles estar presentes.

A intimação é, portanto, o meio procedimental que noticia a existência de ato processual e que possibilita o exercício das faculdades e ônus processuais reservados às partes, bem como viabiliza o efetivo cumprimento do dever legal de comparecimento e participação de terceiros no processo penal. Neste último caso, por exemplo, estão incluídas as testemunhas, o ofendido, e os peritos e intérpretes que devem, por força de lei e por dever de ofício, exercer determinada função na ação penal.

Em relação a esses (ofendido, testemunhas, peritos, intérpretes, assistentes técnicos dos peritos) e ao acusado, a intimação haverá de ser feita nos mesmos moldes em que se realiza a citação: pessoalmente, por mandado (art. 370). A Lei nº

11.340/06, que cuida da proteção da mulher contra a violência doméstica e familiar assegura a esta (mulher) o direito a ser notificada de todos os atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão (art. 21). Note-se que a notificação mencionada no citado dispositivo significa a mesma coisa que a intimação, exceção feita àquelas pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, inexistentes para os demais procedimentos.

Aliás, a Lei nº 11.690/08 estendeu a aludida previsão aos demais procedimentos do processo penal, determinando a "comunicação ao ofendido dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, bem como da designação de audiência, da sentença e dos acórdãos" (art. 201, § 2º, CPP). Referida comunicação não é outra coisa senão a intimação, que, em relação ao ofendido, poderá ser feita por meio eletrônico, se este assim o desejar (art. 201, § 3º, CPP).

Já a intimação dos advogados constituídos pelo réu (na ação pública e na privada) e pelo querelante (na ação privada, tanto na exclusiva quanto na subsidiária da pública), bem assim pelos advogados dos assistentes da acusação, será feita pela imprensa, onde houver. Não havendo órgão de publicação dos atos judiciais, a intimação poderá ser feita diretamente pelo escrivão, por mandado ou via postal com comprovante de recebimento ou por qualquer meio idôneo (art. 370, § 1º e § 2º, CPP).

Como se observa, em tema de intimação, o que verdadeiramente importa é a constatação inequívoca da ciência, pelo intimando, do ato processual a ser realizado. Por isso, desde que devidamente provado o conhecimento prévio do ato, será perfeitamente válida a intimação feita por via eletrônica ou qualquer outra modalidade de transmissão de informações.

Quanto ao defensor dativo, a intimação deverá ser pessoal, via mandado, e não por meio da imprensa, conforme dispõe o § 4º do art. 370 do CPP, com redação dada pela Lei nº 9.271/96. Sobre o tema, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"É pacífica a jurisprudência do STF no sentido de que, em obediência ao princípio do *tempus regit actum*, somente a partir da edição da Lei nº 9.271/1996 (que adicionou o § 4º ao art. 370 do CPP) é que se tornou obrigatória a intimação pessoal do defensor nomeado pelo Juízo (Defensor Dativo). Precedentes: HC nº 89.315, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; HC nº 89.710, Relatora a Ministra Carmem Lúcia; e HC nº 89.081, de minl

relatoria" (HC nº 90964, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 11.9.2007,*DJe*-139 Divulg. 8.11.2007 Public. 9.11.2007 *DJ* 9.11.2007 Ement. Vol.-02297-02 p. 00392).

No mesmo sentido: HC nº 92408, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 4.3.2008,*DJe*-055 Divulg. 27.3.2008 Public. 28.3.2008 Ement. Vol.-02312-05 p. 00813.

Já quanto à Defensoria Pública, o art. 44, I (no âmbito da Defensoria Pública da União), o art. 89, I (no âmbito da Defensoria Público do Distrito Federal e Territórios) e o art. 128, I (no âmbito da Defensoria Pública dos Estados), todos da Lei Complementar nº 80/94, garantem, além da intimação pessoal, que esta se realize *mediante entrega dos autos com vista* (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

É de se registrar, mais uma vez, que todos os prazos do defensor público (resposta à acusação, memoriais, recursos etc.) serão contados em dobro, nos termos dos arts. 44, I, 89, I e 128, I, todos da Lei Complementar nº 80/94. Esta prerrogativa já constava da Lei nº 1.050/60 (art. 5º, § 5º, incluído pela Lei nº 7.871/89). Evidentemente, o prazo é contado em dobro tão somente em relação à prática de atos futuros, para os quais tenha sido o defensor intimado, e não dos atos em que ele já esteja presente, como é o caso, por exemplo, das manifestações orais no curso da instrução criminal e nas sessões de julgamento.

A distinção no tratamento destinado ao defensor público, no que se refere à contagem em dobro dos prazos processuais, justifica-se plenamente. A Defensoria Pública é instituição pública à qual se atribui a representação judicial de quem não tem condições de patrocinar a defesa de seus interesses, sem prejuízo da própria subsistência. Assim, devendo responder pela assistência judiciária como dever funcional, o defensor público, em regra, padece, mais do que qualquer outro defensor particular, das deficiências de recursos materiais e humanos inerentes ao serviço público, quase sempre assoberbado pelas demandas sociais das mais variadas espécies.

Quanto à intimação do Ministério Público, é importante lembrar o que dispõem as leis orgânicas do *parquet*, Lei nº 8.625/93 (art. 41, IV), no âmbito do Ministério Público dos Estados, e Lei Complementar nº 75/93 (art. 18, II,*h*), que organiza o

Ministério Público da União, no sentido de se fazer a intimação de seus membros por via pessoal e nos autos, e não por meio de mandado. Os autos, portanto, é que deverão ser remetidos ao Ministério Público para a realização da intimação. Ver, no ponto: STJ – Embargos de Divergência em Resp nº 471.016-RS, Rel. Laurita Vaz, 5ª Turma, 24.8.2005.

Também não vemos aqui desigualdade material de tratamento, pelas mesmas razões já expostas em relação à contagem em dobro dos defensores públicos.

Estando todos os interessados na intimação reunidos por ocasião da realização de audiência, a prática de ato processual futuro poderá, obviamente, ser intimada pessoalmente naquela assentada (art. 372, CPP). Todavia, assim não entendeu o STF no HC 125270/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, 23.06.2015, quando decidiu que a presença do Defensor Público na audiência onde houve a leitura da sentença condenatória não bastava, por si só, para que ele fosse considerado intimado. Exigiu-se, então, a remessa dos autos para configurar intimação pessoal nos termos da prerrogativa legal já mencionada. A decisão soa-nos absolutamente correta no ponto, mas é de se notar que a mesma lógica não foi aplicada pelo STJ no *EResp 1.347.303/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Gurgel de Faria, 10.12.2014*, que julgou perfeitamente válida a intimação de um membro do Ministério Público que deu ciência nos autos em cartório, mesmo sem o envio dos autos para a sede do órgão.

Há, ainda, entendimento jurisprudencial consolidado, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, tratando-se de oitiva de testemunha por meio de carta precatória, bastará a intimação da expedição da carta, sendo desnecessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado (STF – RHC nº 93817/ RS, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 30.6.2009).

Evidentemente, a medida é restritiva do direito à ampla defesa.

Todavia, o seu impacto é diminuído em razão de não se exigir, como regra, a intimação dos advogados constituídos senão por meio de publicação na imprensa no local da sede do juízo. Assim, como o defensor, em regra, reside na comarca em que se desenvolve a ação penal, a intimação do ato deprecado em outra comarca, por meio da imprensa local, não teria efeitos práticos em relação a ele. E, tratando-se de

defensor dado pelo Estado, parte-se do pressuposto de que a defesa a ser realizada pelo defensor *ad hoc* no juízo deprecado seria equivalente à do defensor dativo já nomeado na sede do juízo.

Como se vê, o risco de prejuízo existe efetivamente, sobretudo quando se tratar de processos relativos a crimes mais complexos, a exigir um exame mais detido por parte do defensor. Mas, seja como for, esse risco também existe na sede do juízo, quando os advogados ou os defensores dativos não comparecem injustificadamente à instrução, autorizando a lei (art. 265, CPP) a designar um defensor *ad hoc* (para o ato), para evitar expedientes protelatórios.

CAPÍTULO 13

Dos Atos Processuais e dos Atos Judiciais

13.1 Dos atos processuais

O processo penal desenvolve-se por meio da prática dos diversos atos processuais que integram os distintos procedimentos previstos no Código de Processo Penal e nas legislações não codificadas (ainda frequentemente designadas por legislações extravagantes).

Esses atos processuais, como atos jurídicos que são, seguem as mesmas classificações geralmente referidas a estes, sobretudo no que respeita à distinção fundada na manifestação da vontade: *atos* processuais, em que a vontade se encontra presente, e *fatos* processuais, em que a constituição, a modificação ou a extinção de direitos decorrem de eventos com aptidão para gerar efeitos jurídicos, independentemente da intervenção da vontade.

Normalmente, fala-se em atos processuais *postulatórios, instrutórios* e *decisórios*, em relação à respectiva natureza jurídica de cada um. A distinção, em princípio, é de uma obviedade que dispensa maiores considerações.

Atos postulatórios referem-se aos requerimentos feitos pelas partes, sobretudo

pelo autor da ação penal, já que a defesa, a rigor, não postula, e sim contesta e refuta as imputações e alegações feitas na denúncia ou queixa.

Por atos instrutórios há de se entender toda a atividade probatória desenvolvida pelas partes, o que ocorre, normalmente, na fase de instrução criminal, mas pode ocorrer até mesmo por ocasião da interposição (art. 231, CPP) e do julgamento de recurso (art. 616, CPP).

Note-se que as alegações finais apresentam características tanto de atos instrutórios quanto de atos postulatórios. Na verdade, como os atos instrutórios são realizados concentradamente em uma audiência una (art. 400 e art. 531, CPP), a eventual juntada de documentos nessa fase não será prerrogativa das alegações finais. Mas, como poderá ser prorrogado o ato de instrução para a apresentação de memoriais (art. 403, § 3º, CPP), a observação ainda é pertinente. Quanto à segunda característica, mencione-se que, nas ações penais privadas, exige-se o requerimento de condenação do querelado (postulação, pois), sob pena de perempção (art. 60, III, CPP).

Na ordem anterior à Lei nº 11.719/08, o prazo para oferecimento das alegações finais não integrava a instrução criminal, para fins, por exemplo, de aplicação da Súmula 52 do STJ ("Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo"). Atualmente, como vimos, pode integrar. E como regra (anote-se, ainda, que, devido à nova compreensão do Supremo Tribunal Federal, o prazo para apresentação de alegações finais possui uma *peculiaridade* quando há *colaboradores premiados* envolvidos na ação penal, como veremos mais adiante, no Capítulo 14).

Já os atos decisórios, como intuitivo, são privativos do juiz e, como regra, são praticados após a fase instrutória, como provimentos finais. Todavia, os juízes podem praticar diversos atos de conteúdo decisório na fase pré-processual e mesmo antes do início da fase instrutória, como ocorre, por exemplo, por ocasião do reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (art. 61, CPP), que reclamará, nos termos do art. 397, IV, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, *absolvição sumária*.

No processo penal, os atos processuais são realizados a qualquer tempo e hora,

desde que previamente intimadas as partes (JSTF nº 173/351), independentemente de férias ou feriados, à exceção das sessões de julgamento, cujo início não será designado para essas datas, podendo, porém, continuar as sessões iniciadas em dia útil (art. 797, CPP).

É de se ver, ainda, as modificações trazidas pela Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, que permite às partes a utilização de sistemas de transmissão de dados para a prática de atos processuais.

Embora não haja referência expressa acerca da aplicação da referida Lei no processo penal, não vemos como excluir a sua incidência, até mesmo diante da ausência de ressalva. Os atos processuais que dependam de petição escrita poderão ser realizados, então, por meio da transmissão de dados ou imagens via fac-símile ou outro similar, entre os quais podemos incluir as transmissões eletrônicas operadas pelos computadores. Para assegurar um melhor padrão de controle da idoneidade do meio utilizado, a lei exige que os originais (a petição escrita) sejam entregues em juízo, necessariamente, no prazo de cinco dias, contados a partir do encerramento do prazo processual previsto para a diligência (quando houver), conforme o disposto no art. 2º da Lei nº 9.800/99. Não havendo prazo fixado em lei ou pelo juiz para a prática do ato, os originais deverão ser entregues até cinco dias da data da recepção do material.

Referida legislação pode ser extremamente útil no campo da interposição de recursos, sobretudo quando o recorrente residir ou se encontrar em local diverso da sede do juízo da causa.

Evidentemente, as partes se responsabilizarão pela fidelidade do material assim transmitido, o que justifica a exigência da entrega dos originais.

Uma última observação: a regra é a publicidade dos atos processuais, que somente será excepcionada quando a sua prática colocar em risco a perturbação da ordem no local ou a preservação da dignidade do acusado, devendo o juiz exercer o poder de polícia das audiências e sessões de julgamento, para o que poderá requisitar auxílio da força pública (art. 794).

13.1.1 Dos prazos processuais

O processo, costuma-se dizer, é um desenvolver-se contínuo em direção ao provimento judicial final, com o julgamento ou a solução definitiva da pretensão penal. Daí as frequentes (e às vezes perigosas) preocupações com a celeridade dos seus procedimentos.

Nesse campo, os prazos processuais ocupam inegavelmente posição de destaque.

Por prazo deve-se entender o interregno (intervalo) de tempo estabelecido em lei ou pelo juiz (quando inexistente naquela) para a prática de determinado ato processual, a ser delimitado, então, entre um termo inicial e um termo final.

O art. 798 do CPP dispõe que "*todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado*", salvo as exceções expressamente previstas em lei, como se observa no § 4º do próprio dispositivo.

Um reparo, urgente e indispensável, já assinalado, aliás, ao exame dos princípios fundamentais e, particularmente, do contraditório. Tanto o contraditório, com a sua exigência de participação em igualdade (a *par conditio*), quanto o princípio da ampla defesa já impõem o afastamento da regra segundo a qual os prazos correriam em cartório. Ora, defesa ampla e igualdade, em relação ao órgão da acusação (que tem amplo acesso aos autos, segundo prerrogativa disposta em leis orgânicas), não podem realizar-se sem a consulta direta aos autos do processo, pelo tempo efetivo e integral do prazo estabelecido para a prática do ato. E isso não será possível com a imposição do exame em cartório. Semelhante regra impõe restrições inaceitáveis e promove, ainda mais, o desequilíbrio na balança das relações entre o Estado e o acusado.

Não bastasse, o atual Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94, já garantia ao advogado o acesso direto aos autos, bem como o direito à indispensável retirada deles de cartório (art. 7º, XV).

Pelas mesmas razões, e sobretudo em face da exigência da ampla defesa, não há como pretender que o prazo para a defesa seja o mesmo, quando houver pluralidade de acusados e pluralidade de defensores. Nessa situação, cada um deles (defensor),

por certo, gozará, individualmente, do mesmo prazo reservado à acusação, ainda que, em relação a essa, não haja individualização do prazo. E isso, por razões simples: a acusação é de responsabilidade de um mesmo órgão (aqui, de novo, o princípio institucional da indivisibilidade do Ministério Público), ao contrário do que pode ocorrer em relação à defesa.

Basta ver, por exemplo, as regras de distribuição de tempo para a apresentação oral de alegações finais nos novos procedimentos ordinário e comum (art. 403, § 1º, e art. 534, § 1º, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08). Ali se esclarece que, na pluralidade de acusados, o tempo para a defesa será *individual*.

Aliás, havendo assistente habilitado nos autos, terá ele prazo separado do MP para sua manifestação. Já por isso, por critério de igualdade material, impunha-se e impõe-se o oferecimento de prazo separado para cada réu, fora do cartório. Nessa situação, a defesa terá, mais uma vez, o mesmo prazo do assistente de acusação (art. 403, § 2º, e art. 534, § 2º, CPP), e, individualmente, se mais de um.

Não bastasse, também ao contrário do que se dá com a acusação, poderá haver incompatibilidade entre as teses defensivas manejadas pelos réus, o que, por si só, exigirá a participação de defensores distintos.

O prazo será contínuo no sentido de não poder, em regra, ser interrompida a sua contagem, a não ser se houver impedimento do juiz (por moléstia etc.) ou do juízo onde se exerce a jurisdição (fechamento do fórum), força maior (evento inevitável) ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária (por via fraudulenta ou por meio de qualquer outro expediente ilícito), tudo nos termos do art. 798, § 4º, do CPP.

Os prazos são ainda peremptórios, quanto ao respectivo termo final, encerrando-se na data prevista, sem que se possa prorrogá-los. As exceções vêm na própria lei, conforme se observa no § 3º (prorrogação do prazo que terminar em dia em que não houver expediente forense) e também no § 4º do mesmo art. 798.

Note-se que, embora a lei refira-se a domingos e feriados, atualmente devem ser também incluídos os sábados, já que, em regra, não há expediente forense nesses dias. Aliás, essa é uma observação necessária para a adequada compreensão da Súmula 310 do STF, em que se afirma que, quando a intimação for realizada na sexta-feira, o

prazo terá início na segunda-feira subsequente, ou no primeiro dia útil posterior, se feriado aquele dia. Como se percebe, a recomendação feita na aludida Súmula levava em conta exatamente a possibilidade de não haver expediente aos sábados, do que resultaria em prejuízo para as partes o início da contagem do prazo naquele dia.

Quanto à contagem dos prazos processuais, impõe-se uma distinção: uma coisa é a data em que os prazos *correm*; outra é aquela em que se são eles *contados*.

Os prazos começam a correr, salvo ressalvas expressas:

a) da data da intimação;
b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte a ser intimada (ou seja, essa hipótese não é outra coisa senão a aplicação do primeiro caso – da data da intimação);
c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho (art. 798, § 5º, CPP).

Entretanto, a contagem do prazo já em curso (já correndo) é feita com exclusão do dia inicial, isto é, quando começou a correr, e com a inclusão, porém, do dia de seu vencimento, nos termos do art. 798, § 1º, do CPP.

Outra observação: tanto o início quanto o final da contagem dos prazos processuais devem realizar-se em dias úteis. Assim, feita a intimação em uma sexta-feira (ou no sábado ou no domingo, quando, por exemplo, a decisão for proferida em ato processual que tenha se estendido até o sábado, como é o caso de uma sessão de julgamento no Tribunal do Júri), o prazo começa a correr naquele dia, mas, excluindo-se o dia do começo, terá a sua contagem efetivamente iniciada na segunda-feira, ou no primeiro dia útil subsequente, se feriado na segunda (art. 798, § 3º, e Súmula 310 do STF).

Mirabete (2001, p. 1.557), entre outros, sustenta que não só o início da contagem dos prazos deve se iniciar em dia útil, mas que também o dia da intimação dos atos processuais somente deveria ser considerado quando realizada (a intimação) em dia útil. Sustenta, então, a aplicação, por analogia, do disposto no art. 230 do CPC/2015.

Ainda que a sugestão nos pareça bastante razoável, não vemos como acompanhá-la, tendo em vista a existência de regra expressa em sentido contrário no Código de Processo Penal (art. 798, § 5º), o que inviabiliza a aplicação da analogia. Essa seria cabível somente diante da inexistência de normatização explícita.

Do mesmo modo, não vemos por que acompanhar o entendimento, minoritário é certo, no sentido de que o prazo processual, a partir de intimação feita por via de carta precatória, somente teria início com a sua juntada aos autos, aplicando-se, por analogia, regra contida na legislação processual civil. Ora, a redação do Código de Processo Penal não deixa margem a dúvidas: o prazo é contado da intimação, isto é, da ciência do ato processual, e não do cumprimento de qualquer outra burocracia procedimental. É exatamente nesse sentido a jurisprudência francamente majoritária (STF – JSTF 234/310; STJ – Ag. Reg. MS nº 3.127-9/ DF, *DJU* 7.3.1994), consolidada, agora, na Súmula 710 do STF: "*No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem*". A única exceção que havia encontrava-se na Lei nº 10.409/02, que regulamentava o antigo procedimento de apuração de tráfico de drogas, prevendo, no art. 38, que o início do prazo para a resposta escrita do réu seria a partir da juntada do mandado. Note-se, porém, que a referida Lei foi expressamente revogada pela atual 11.343, de agosto de 2006, consoante se vê de seu art. 75.

Tudo o que se diz aqui acerca da intimação dos atos inclui também o ato de citação, para fins de contagem de prazo. Nesse passo, observa-se que o Código de Processo Penal, a partir da Lei nº 11.719/08, contempla a citação por hora certa (art. 362, CPP), a ser realizada nos mesmos moldes do processo civil (arts. 252 a 254, CPC). No entanto, a data para início da contagem do prazo, em tal situação, será aquela do ato citatório (data designada na diligência e de entrega da contrafé), e não da expedição de carta, telegrama ou radiograma confirmatórios (art. 254, CPC), na linha do entendimento sumulado na Suprema Corte (Súmula 710).

Ainda quanto à contagem, os prazos são contados pelo calendário comum, isto é: os prazos de ano e mês são contados pelo dia do mês ou ano de início, com encerramento naquele (dia) do ano ou mês subsequente. Por exemplo: o prazo de um

ano iniciado em 28 de fevereiro de 1999 encerra-se em 28 de fevereiro de 2000. Se iniciado em 29 de fevereiro de determinado ano, encerrar-se-á em 1º de março do ano subsequente. Do mesmo modo é o que ocorre com os prazos fixados em mês.

Já os prazos de dia e hora são computados normalmente, pela contagem dos respectivos marcos temporais. Por exemplo: o prazo de dois dias, com intimação realizada em uma segunda-feira, será encerrado na quarta-feira, até o final do expediente forense.

Em relação aos prazos fixados para os pronunciamentos judiciais, dispõe o art. 800 do CPP que as sentenças e as decisões interlocutórias mistas (ou, acrescentamos nós, com força de definitivas – art. 593, II, CPP) serão proferidas no prazo de dez dias, quando não forem proferidas na audiência de instrução e julgamento (art. 403, § 3º, e art. 404, parágrafo único, CPP) enquanto as interlocutórias simples o serão em cinco dias. Os despachos de expediente, que apenas impulsionam o andamento do processo, deverão ser realizados em um dia.

Quanto aos prazos do Ministério Público, há importante ressalva feita no § 2º do inciso III do art. 800. Afirma-se ali que os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição do recurso (art. 798, § 5º).

Assim, a regra é que os prazos do *parquet* tenham início na data em que são remetidos ao órgão oficiante.

Entretanto, tratando-se de prazos para a interposição de recurso, o que deverá ser considerado é a data da efetiva intimação, aplicando-se a regra do art. 798. E como as leis orgânicas do Ministério Público asseguram como prerrogativas do *parquet* a intimação pessoal, nos autos, tem-se que somente a partir desta é que terá início o prazo recursal, e não da data de ingresso dos autos na sede do Ministério Público. Nesse sentido: STF – AGRG no RE nº 334.864-7, Rel. Min. Carlos Velloso; STJ REsp nº 289.078/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17.9.2002, *Informativo STJ* nº 147).

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, alterou o aludido entendimento, para considerar que o prazo recursal deve ser contado a partir do ingresso dos autos no Ministério Público, e não da data de seu efetivo encaminhamento ao membro do *parquet* (HC nº 83.255/SP, Rel. Min. Marco Aurélio

DJ 12.3.2004) que nele (autos) oficia.

Do ponto de vista de um controle mais rígido da atuação do Poder Público, a aludida decisão pode até ser compreensível, no sentido de evitar eventuais atrasos na distribuição de processos no âmbito daquela instituição. Aliás, pelas mesmas razões, a certidão de conclusão dos autos para sentença aos juízes deveria realizar-se tão logo ingressem os autos no respectivo juízo, independentemente da data em que cheguem às mãos do julgador, o que, diante do volume de processos que tramitam em nosso Judiciário, nem sempre é cumprido.

De todo modo, consolida-se o entendimento de que a intimação do Ministério Público há de ser feita pessoalmente, nos autos, e não por meio de mandado.

Observa-se, por fim, que a condenação do acusado implicará a sua responsabilidade pelo pagamento das custas (despesas judiciais expressamente previstas em lei) ao final do processo.

Nas ações penais privadas, cabe às partes o depósito das custas relativas a todas as diligências a serem realizadas, sob pena da não realização delas, salvo quando se tratar de autor ou réu pobres (art. 806, CPP), devendo o Estado prestar, então, a assistência judiciária.

13.2 Dos atos judiciais

No item anterior tratamos das diversas modalidades de atos processuais, isto é, atos com aptidão para gerar e produzir efeitos jurídicos no processo penal. Vimos algumas espécies de atos praticados pelas partes, acusação e defesa, bem como algumas disposições acerca de atos tipicamente judiciais.

Quanto a esses, pela importância do respectivo conteúdo e pela relevância de suas consequências, é inteiramente recomendável um estudo particularizado.

A nosso juízo, toda e qualquer classificação de atos judiciais somente se revelará proveitosa na medida em que puder permitir uma melhor compreensão do sistema recursal que os tem como suporte, para fins de reexame da matéria decidida. Assim, é

com os olhos postos na teoria dos recursos, matéria a ser desenvolvida mais adiante, que passaremos a abordar as questões atinentes aos atos judiciais.

Iniciemos, pois, com uma distinção bem simples: há atos em que o juiz simplesmente determina o seguimento do feito, dando cumprimento ao curso das fases procedimentais, sem se deter no exame de qualquer questão controvertida. São os chamados atos de impulso processual, notoriamente designados por despachos. E há atos em que o juiz é chamado a resolver ponto ou questão sob os quais paire controvérsia relevante, seja sobre a própria pretensão de direito material (punitiva), seja sobre matéria exclusivamente processual, relativa tanto aos pressupostos processuais quanto às condições da ação, entre as quais se inclui a *justa causa* (art. 395, III, CPP). Temos aqui as decisões judiciais.

Quanto a essas, é possível elaborar diversas classificações, tanto no que se refere ao seu conteúdo quanto aos seus efeitos na relação processual. As classificações quanto ao conteúdo atenderiam à determinação da decisão a partir da apreciação ou não do mérito da ação penal, enquanto as segundas (quanto aos efeitos) seriam pertinentes ao fato de extinguirem ou não a relação processual em curso.

Entretanto, seja qual for o critério adotado nas diversas e possíveis classificações dos atos decisórios, acreditamos que nenhuma delas encontra-se a cavaleiro da crítica, diante das inevitáveis exceções que poderão ser opostas a qualquer regra previamente estabelecida.

Seguiremos, então, os passos trilhados pela maior parte da doutrina, mas com os olhos postos, como já dissemos, na compreensão do sistema recursal que se estrutura exatamente sobre os atos judiciais.

13.2.1 Decisões interlocutórias

Enquanto o nosso processo civil não oferece maiores dificuldades na identificação dos atos judiciais, sendo facilmente alcançável a distinção entre despachos (atos de impulso processual), decisões interlocutórias (decisões acerca de questões processuais) e sentenças (que põem termo ao processo, com ou sem julgamento de

mérito), o atual processo penal brasileiro apresenta inúmeras particularidades que impedem (ou, pelo menos, dificultam) uma sistematização dos atos judiciais.

Como lembram Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 60), há, no processo penal,

> "[...] três categorias que coincidem perfeitamente com aquelas estabelecidas para o processo civil, quais sejam: a sentença definitiva de mérito (s.s.), absolvendo ou condenando; a decisão interlocutória (simples), decidindo questões incidentes, de índole processual; e os despachos, cuidando de mero expediente".

Acontece, como visto, que mesmo a decisão interlocutória, cuja adequação se pretendeu fazer na apontada doutrina, já recebeu ali uma classificação inexistente no processo civil: interlocutória simples, pela qual o Juiz Criminal irá solucionar questões processuais incidentes. Se existente uma interlocutória denominada simples, certamente haverá de existir outra espécie de interlocutória, que não se apresente com as mesmas características. E, para chegarmos a ela, reputamos da maior conveniência o exame da própria legislação.

Vimos linhas atrás que o art. 800 do CPP, ao cuidar dos prazos para a prática dos atos judiciais, faz referência expressa aos despachos de expediente (inciso III), à interlocutória simples (inciso II) e à interlocutória mista (inciso I). No mesmo dispositivo, há referência à decisão definitiva, em que se cuida da sentença propriamente dita (inciso I).

Não bastasse, no art. 593, que cuida das hipóteses de cabimento da apelação, encontraremos outra modalidade de decisão, a saber: decisões definitivas ou com força de definitivas, nas quais nem se condena nem se absolve o acusado. Uma solução prática, pelo menos para diminuirmos as distinções conceituais, seria, por exemplo, equiparar as interlocutórias mistas às decisões com força de definitivas, como fazem alguns (TOURINHO FILHO, 1992, v. 3, p. 79).

Por ora, fiquemos com o exame apenas das interlocutórias, já que os despachos de mero expediente são evidentemente irrecorríveis, o que não impedirá, eventualmente, a utilização do instrumento da correição, para o fim de controle do *error in procedendo*, isto é, o erro judicial em relação a questões procedimentais, das quais

poderá resultar prejuízo efetivo para o regular andamento do feito.

Iniciemos, então, com as denominadas interlocutórias simples.

A regra é que as decisões interlocutórias simples sejam irrecorríveis, não ocorrendo, precisamente por isso, preclusão das vias impugnativas de tais questões, razão pela qual elas poderão ser rediscutidas por ocasião do recurso de apelação. Dependendo de suas consequências jurídicas, poderão ser objeto até mesmo de ações autônomas como o *habeas corpus* e o mandado de segurança (cabível também em matéria criminal, como veremos), como é o caso da decisão de recebimento da denúncia ou queixa e do indeferimento de habilitação do assistente, respectivamente.

Quando submetidas a prazo preclusivo, as interlocutórias simples serão passíveis de impugnação via recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, no qual, além delas, contempla-se também a impugnação recursal de outras modalidades de decisões interlocutórias, designadas, como visto, por interlocutórias mistas.

Por acreditarmos que a construção teórica de uma distinção entre a interlocutória simples e a interlocutória mista, a partir do conteúdo de cada uma delas, é tarefa das mais intrincadas, vamos acompanhar, no ponto, a classificação segundo a qual a interlocutória mista tem como característica mais importante o fato de encerrar uma fase procedimental bem delineada, como é o caso da decisão de pronúncia, ou mesmo de encerrar a própria relação processual – desde que sem o julgamento do mérito – de que são exemplos as decisões que acolhem as exceções de litispendência ou de coisa julgada (art. 95, III e V, CPP). Como se percebe, trata-se de uma classificação elaborada mais em atenção às consequências jurídicas da decisão, para a relação processual, que ao seu conteúdo.

A vantagem de semelhante classificação pode ser constatada, sobretudo, no que respeita à identificação do recurso cabível para tais modalidades de decisão judicial. Como veremos ao examinarmos os recursos das decisões interlocutórias, simples (quando cabíveis, relembre-se) ou mista, a regra é que caberá o recurso em sentido estrito, por se tratar de decisões ou de natureza eminentemente processual, ou, se de outra espécie, que não julgam o mérito da pretensão penal.

Adotando essa sistematização, serão interlocutórias quaisquer decisões que não

julguem o mérito da pretensão penal, tais como a decisão de pronúncia (na qual se põe termo a uma fase procedimental), ou, repita-se, que julguem procedentes as exceções processuais (salvo a de suspeição, que é irrecorrível, conforme art. 581, III, CPP). Em relação a estas últimas, cabe distinguir: acolhida a exceção de coisa julgada, litispendência ou ilegitimidade de parte, a solução é a extinção do processo, tratando-se de interlocutórias mistas. Já em relação à exceção de incompetência, como não haverá encerramento do processo (nem de fase procedimental) a hipótese seria de interlocutória simples.

Assim, as interlocutórias simples resolvem questões processuais e não extinguem o processo, enquanto as interlocutórias mistas extinguirão ou o processo, ou uma determinada fase procedimental, como ocorre também na decisão de rejeição da denúncia (art. 395, CPP), na qual se põe termo ao processo.

Como dissemos já no início da abordagem da matéria, nenhuma classificação dos atos processuais penais está a cavaleiro da crítica, em razão das exceções às regras que poderão ser elaboradas.

Antes da Lei nº 11.719/08, por exemplo, o já revogado art. 43, CPP, previa o recurso em sentido estrito para a decisão que julgava extinta a punibilidade, na qual, embora não se aprecie efetivamente o mérito, há indiscutivelmente decisão ou solução de mérito. E dizemos solução do mérito porque, embora não se realize uma efetiva apreciação acerca da existência e autoria do fato, a referida decisão tem como consequência a preclusão da matéria, a impedir nova persecução ou ação penal pelo mesmo fato, como se de coisa julgada material se tratasse.

Todavia, a atual redação do art. 397, IV, do CPP corrige o antigo defeito, ao menos ao dar tratamento recursal diferente para a matéria, prevendo a *absolvição sumária*, cujo recurso é o de apelação (art. 416, CPP). Certamente, do ponto de vista técnico, a solução não está isenta de críticas. A *extinção da punibilidade*, que é justificada por razões exclusivas de política criminal, não é a mesma coisa que a *absolvição*, obviamente! Mas que a solução da questão (pela extinção da punibilidade) é de mérito não há dúvidas, com o que a citada regra guarda maior sintonia com o sistema recursal (com o art. 416, CPP), além de preservar o princípio

da não culpabilidade nas hipóteses em que os Tribunais deixam de apreciar o recurso da defesa (contra sentença condenatória) exatamente com fundamento na apreciação preliminar da extinção da punibilidade.

Assim, a decisão que extingue a punibilidade não pode mais ser incluída entre as interlocutórias mistas. Trata-se de sentença ou de decisão de *absolvição sumária*. E como ela não se ajusta também ao conceito da sentença *absolutória* do art. 593, I, CPP, na medida em que não julga o mérito, resolvendo-o apenas, e, mais, não se ajusta, do mesmo modo, à definição das decisões definitivas ou com força de definitivas do art. 593, II, CPP, pensamos que a classificação mais adequada a essa modalidade decisória deve respeitar a opção legislativa, ou seja: trata-se de *absolutória sumária*, cujo fundamento recursal legal específico (de apelação – art. 416, CPP), ainda que essencialmente tenha conteúdo distinto das demais sentenças submetidas à apelação (art. 593, I e II, CPP).

Naturalmente, surgiria aqui um problema teórico. Tanto será *absolutória sumária* a decisão que julga extinta a punibilidade quanto aquela que julga *atípico o fato*; que reconhece *causa excludente da ilicitude e de culpabilidade* (art. 397, CPP), e, no Tribunal do Júri, a decisão em que o juiz singular *reconhece a atipicidade manifesta*; *as mesmas excludentes e a prova da não participação do acusado* (art. 415, CPP). A solução: as demais soluções antes mencionadas, todas elas, excetuada a de extinção de punibilidade, caracterizam verdadeiro julgamento *absolutório*, não só *resolvendo* o mérito, mas *julgando-o expressamente*. Por isso, ao menos teoricamente, seriam elas sentenças absolutórias, apenas com característica diferente daquelas previstas no art. 593, I, CPP, em razão do julgamento antecipado da questão, ao contrário destas últimas (art. 593, CPP), previstas para fase posterior à instrução. Seriam, por assim dizer, *sentenças absolutórias antecipadas*.

Se a classificação assim construída não é a ideal, pelo menos pode-se perceber que ela permite uma distinção entre a decisão extintiva da punibilidade e as sentenças propriamente ditas. Embora ambas resolvam o mérito, somente as sentenças propriamente ditas o apreciam, efetivamente. E isso porque *absolvem ou condenam*, ao contrário daquela, que apenas reconhece e declara a ausência de interesse

punitivo, ainda que sob a rubrica da *absolvição sumária*, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08.

O que, porém, poderá causar uma certa perplexidade é o tratamento reservado à decisão de impronúncia (art. 414, CPP), no procedimento do Tribunal do Júri.

Não que não se trate de uma decisão com características de sentença, pois a sua prolação somente é feita após regular instrução da causa, com ampla participação dos interessados.

Ocorre, porém, que a sua eficácia preclusiva é muitíssimo reduzida, limitada ao não surgimento de novas provas (art. 414, parágrafo único, CPP). Que sentença seria essa então que não julga o mérito *definitivamente*? É por isso que sempre tratamos essa decisão como hipótese de decisão interlocutória mista, dado que, em sua essência, limita-se a encerrar o processo, sem condenar ou absolver, e, mais, sem tornar preclusa a matéria.

O recurso contra a impronúncia será o de apelação (art. 416, CPP). E sua natureza segundo a redação do aludido dispositivo, é de sentença. Durma-se com um barulho desses...

Mas há outras classificações, todas igualmente válidas e igualmente sujeitas a reparos.

Pode-se, por exemplo, classificar os atos judiciais segundo extingam ou não o processo, como doutrinam Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 59), e, depois, segundo a extinção ocorra com ou sem julgamento de mérito. Para esses autores, a decisão que extingue a punibilidade seria definitiva ou com força de definitiva, o que nos parece tecnicamente até mais apropriado.

Já Tourinho Filho (1992, v. 3, p. 79) prefere outra classificação, tratando as decisões que extinguem a punibilidade como terminativas de mérito, e não como interlocutórias. Observe-se, entretanto, que esse autor se refere a uma modalidade de decisão judicial que não vem expressamente nominada na lei. Mas ainda que assim o seja, a classificação não deixa de ser pertinente e adequada, tendo em vista o seu conteúdo: terminativo e com solução de mérito.

Em tempo de concluir este item, lembramos: uma classificação das espécies de atos decisórios somente nos oferece sentido se e quando veiculadas à descoberta do respectivo meio de impugnação cabível. Assim, para as interlocutórias, e, quando cabível, recurso em sentido estrito; para as sentenças e as decisões com força de definitivas e a absolvição sumária, apelação; para os despachos, nenhum recurso nominado, ressalvada a possibilidade da utilização de correição parcial para a impugnação do *error in procedendo*.

13.2.2 Decisões com força de definitivas

Seguindo, pois, a linha de raciocínio que nos permitiu a elaboração de uma sistematização dos atos judiciais em função dos recursos cabíveis em face de cada um deles, as decisões com força de definitivas, exatamente como previstas no art. 593, II, submetem-se ao controle recursal das apelações, daí por que são decisões que encerram o processo ou o procedimento, com o julgamento do mérito.

Ora, em uma ação penal, a decisão que extingue o processo e aprecia o mérito da pretensão punitiva é a sentença, que pode ser absolutória, condenatória ou, ainda, absolutória imprópria, nos casos de imposição de medida de segurança ao inimputável (art. 386, V, e parágrafo único, III, CPP). Ou, por último, a*absolutória sumária* que não veicule a extinção da punibilidade (art. 397, I, II e III, e art. 415 CPP), ou seja, as *absolutórias antecipadas*, nas quais igualmente se aprecia o mérito.

O que seriam, então, as decisões com força de definitivas que também apreciariam o mérito? Seriam aquelas decisões, não contempladas no rol do art. 581 do CPP, que poriam fim a determinados procedimentos ou processos incidentes, tais como o de restituição de coisa apreendida, o cancelamento da inscrição de hipoteca e o levantamento de sequestro.

Note-se que, em tais situações, haverá a apreciação do mérito do processo incidente, e não da ação penal.

Observe-se, mais, que tais procedimentos têm por objeto matéria absolutamente distinta e desconectada do mérito da ação penal principal, o que não ocorre, por

exemplo, com o incidente de falsidade, bem como as exceções de litispendência, coisa julgada ou ilegitimidade de parte, para os quais o recurso cabível é o recurso em sentido estrito (art. 581, II e XVIII, CPP). Trata-se, no caso destas últimas, d decisões interlocutórias, simples ou mistas.

Repetindo, então: para as interlocutórias, mistas e simples (para estas últimas, quando cabível), recurso em sentido estrito; para as sentenças, as decisões com força de definitivas e a absolvição sumária, apelação; para os despachos, nenhum recurso nominado, ressalvada a possibilidade da utilização de correição parcial para a impugnação do *error in procedendo*.

13.2.3 Sentenças

Por meio da sentença o Juiz Criminal julga definitivamente o mérito da pretensão penal, resolvendo-o em todas as suas etapas possíveis, a saber: a da imputação da existência de um fato (materialidade), a imputação da autoria desse fato e, por fim, o juízo de adequação ou valoração jurídico-penal da conduta.

O que importa distinguir nesta fase é efetivamente o conteúdo da decisão, que dará por apreciada, em toda a sua extensão e profundidade, a matéria relativa ao caso penal levado a juízo, para o fim de absolver ou de condenar o acusado. Por isso se fala em decisão definitiva.

Enquanto as decisões interlocutórias mistas põem termo ao processo (quando põem) sem o julgamento do mérito e as com força de definitivas resolvem o mérito de processos e questões incidentes, sem conexão direta com a pretensão penal, as sentenças extinguem o processo com o julgamento do mérito da pretensão punitiva, ainda que não tenha apreciado alguns de seus aspectos. Por exemplo: é possível que a sentença até deixe de apreciar a materialidade e a autoria da ação, por entender, após o encerramento da instrução, que o fato, praticado ou não, não apresenta tipicidade penal. A absolvição ocorreria, então, com fundamento no art. 386, III, do CPP (não constituir o fato infração penal). Ocorre, porém, que, ainda assim, o caso penal levado a juízo estaria resolvido em definitivo, independentemente do acerto ou

equívoco na condução da atividade estatal persecutória, no que respeita à realidade dos fatos efetivamente ocorridos. Como veremos, a coisa julgada penal é diferente da cível, no que se refere aos seus limites objetivos.

Enquanto a decisão que absolve sumariamente o réu por atipicidade (art. 397, III, CPP) somente impede a rediscussão do fato tal como ali narrado, a sentença absolutória, com fundamento no art. 386, III, faz coisa julgada material não em relação ao fato narrado, mas ao fato efetivamente ocorrido, isto é, ao fato ou *realidade histórica*, embora não discutido em toda a sua extensão possível na ação penal. A primeira é decisão *absolutória (sumária) antecipada*, e a segunda, sentença *absolutória definitiva* (art. 593, I, CPP), impugnáveis ambas pela via da apelação.

Feita a ressalva da decisão *absolutória sumária*, relativamente à extinção da punibilidade (art. 397, IV, CPP) e das *absolutórias (sumárias) antecipadas* (art. 397, I, II e III, e art. 415, CPP), as sentenças, pois, ou são condenatórias ou são absolutórias (definitivas), merecendo registro, ainda, a sentença absolutória *imprópria*, por meio da qual se impõe medida de segurança ao inimputável, nos termos do art. 386, parágrafo único, III, do CPP. Nesse caso, a decisão será absolutória pela ausência de culpabilidade do acusado.

Como vimos, e até por diversas vezes, qualquer classificação que se faça dos atos decisórios no processo penal não estará inteiramente isenta de críticas.

Qual seria, por exemplo, a melhor classificação para as decisões que julgam o processo ou a ação de *habeas corpus*, concedendo ou negando a ordem?

Esclareça-se que o art. 648 prevê inúmeras situações de cabimento do *habeas corpus*, a maioria das quais a serem impetradas junto aos Tribunais e não em primeiro grau, como é o caso das prisões provisórias, que dependem de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Assim, a norma que prevê o recurso em sentido estrito contra a decisão que negar ou que conceder a ordem, nos termos do art. 581, X, CPP, refere-se, como regra, aos atos praticados na fase de investigação e não na de processo.

Como estamos a indagar acerca da natureza da decisão que concede ou que denega

a ordem, deve-se atentar para o fato de que, ainda quando ela se reporte ou resolva questões de mérito, não se tratará, a rigor, de sentença absolutória.

Normalmente, e apenas no que nos interessa aqui mais de perto, ou seja, em relação às decisões que terminam por atingir questões de mérito, a concessão de *habeas corpus* implica o trancamento do inquérito policial e/ou da ação penal, se já proposta: ora se defere a ordem para trancamento da ação penal (ou do inquérito) por absoluta atipicidade da conduta, ora se a defere por ausência mínima de suporte probatório que lastreie a ação penal e, por fim, por já se encontrar extinta a punibilidade do delito (STF – RT nº 742/533; RT nº 747/597; STJ – *RSTJ* nº 95/405).

Nos casos de trancamento do inquérito por manifesta atipicidade do fato ou pela extinção da punibilidade por quaisquer de suas hipóteses, a decisão concessiva de *habeas corpus* teria força equivalente às decisões absolutórias, sejam as *sumárias* (na fase do art. 397, CPP), sejam as definitivas (na fase de julgamento – art. 386, CPP). Ocorre que para essas, as absolutórias, o recurso cabível é a apelação. Como convém a uma *sentença*.

Na classificação que ora adotamos, portanto, e conforme já assinalado, e a partir da Lei nº 11.719/08, tratar-se-ia, no primeiro caso (extinção da punibilidade), de decisão *absolutória sumária*, e, no segundo (atipicidade), de *absolutória (sumária) antecipada*.

De outro lado, quando a decisão concessiva do *habeas corpus* se amparar em falta de justa causa, não haverá qualquer atingimento ao mérito da ação penal, com o que a sua natureza seria equivalente à de uma interlocutória. Ressalte-se que, em geral, tais decisões são proferidas pelos Tribunais e não pelos juízes, sobretudo quando se tratar de trancamento da ação penal e não do inquérito policial.

Em resumo: se a decisão de *habeas corpus* tem a mesma extensão daquelas já mencionadas (absolvição sumária por atipicidade ou em razão de causa extintiva da punibilidade), o seu enquadramento conceitual deveria ser o mesmo, assim como seria a sua via recursal: decisão absolutória sumária, impugnável mediante apelação (art. 416, CPP). Mas é importante assinalar, ainda mais uma vez, que dificilmente se terá a impetração de *habeas corpus* em primeiro grau, pelas razões já apontadas. Mas

nada impede o seu manejo na fase de investigação, diretamente ao juiz, quando não for ele o responsável pela coação. A vantagem do *habeas corpus* nessas situações é a desnecessidade de advogados, podendo fazê-lo o próprio investigado diretamente ao juiz, se este ainda não tiver analisado a questão.

No entanto, e já o demonstrávamos nas edições anteriores, não é esse o tratamento reservado no Código de Processo Penal, não modificado, no ponto, pela Lei nº 11.719/08, já que não se promoveu ali a revogação explícita da norma contida no art. 581, X, CPP. Assim, qualquer que seja o fundamento da decisão concessiva ou denegatória do *habeas corpus* em primeiro grau (quando cabível), o recurso cabível será em sentido estrito, como se de decisão interlocutória se tratasse.

13.2.3.1 A correlação entre sentença e pedido

Afirma-se na teoria do processo (e, particularmente, do processo civil) que o provimento final judicial deverá se ajustar ao pedido formulado pela parte, sob pena de configurar sentença *extra* (além) ou *citra* (aquém) *petitum*.

Em processo penal, a questão apresenta-se de modo inteiramente diferente, mais pelas peculiaridades e especificidades dessa modalidade de tutela jurisdicional que propriamente por incompatibilidade teórica.

Com efeito, a providência final que, em regra, espera-se no processo penal condenatório (excluída, por ora, a hipótese de transação penal realizada nos Juizados Especiais Criminais) é a absolvição ou a condenação do réu nas sanções em que se achar ele incurso, isto é, nas penas cominadas no tipo penal correspondente à conduta reconhecidamente praticada.

Afirma-se, com isso, que o pedido seria sempre genérico, no sentido de com ele se viabilizar a correta aplicação da lei penal, independentemente da alegação do direito cabível trazida aos autos pelas partes. O Juiz Criminal estaria vinculado apenas à imputação dos fatos, atribuindo-lhes, uma vez reconhecidos, a consequência jurídica que lhe parecer adequada, tanto no que respeita à classificação (juízo de tipicidade) quanto à pena e à quantidade de pena a ser imposta.

Se no processo civil o autor delimita tanto a matéria a ser conhecida quanto a providência que lhe parece necessária a satisfazer seus interesses, no processo penal cumpre ao autor delimitar unicamente a *causa petendi*, ou seja, o fato delituoso merecedor de reprimenda penal. O juízo de adequação típica, o enquadramento jurídico do fato, bem como a dosimetria da pena a ser aplicada, encontram-se, todos, na própria lei, cabendo ao juiz a tarefa de revelar seu conteúdo.

Entretanto, deve ser assinalado, de modo a não deixar qualquer dúvida, que, do mesmo modo que ocorre em relação ao processo civil, feita a adequação necessária, o princípio da correlação funciona com garantia do indivíduo ao devido processo legal. Assim, o réu não poderá jamais ser condenado pela prática de fato não constante da denúncia ou queixa, ou ainda por fato diverso daquele ali mencionado, sem que antes se proceda à correção da inicial, consoante se verá nos tópicos seguintes.

O pedido no processo penal, rigorosamente falando, portanto, seria o de condenação. Nada mais.

A nosso juízo, porém, nem sequer o pedido expresso de condenação é indispensável à aptidão da inicial, consoante se observa do disposto no art. 41 do CPP, no qual se exige tão somente a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime. Quanto a esta última, ver-se-á também a sua pouquíssima utilidade, por ocasião da *emendatio libelli* (art. 383, CPP).

Por isso já dissemos que, ainda que o Ministério Público requeira providência de cunho declaratório (o exemplo é teratológico, reconhecemos), o juiz poderá receber e processar a denúncia na forma da lei. Mesmo nas ações privadas, o que se exige é o pedido de condenação por ocasião das alegações finais, e não, de maneira expressa, na própria queixa.

Tem-se, portanto, que o princípio da correlação entre o pedido e a sentença, absolutória ou condenatória, em sede de processo penal, há de se arrimar na *causa petendi*, isto é, no caso penal trazido a juízo, consistente na imputação da prática de determinada conduta, comissiva ou omissiva, que configure específica modalidade

(tipo) delituosa.

E, no ponto, há duas questões de suma importância que interferem diretamente no exame da matéria, a saber: o princípio da vedação da revisão *pro societate*, a impedir nova instauração de persecução penal que tenha como objeto o mesmo fato anteriormente decidido e, como antecedente necessário, a coisa julgada penal. Para que se afirme presente a correlação entre o que foi decidido e o que foi imputado, para fins da construção da certeza jurídica sobre a qual irão se estender os efeitos e as consequências da coisa julgada, impõe-se o exame de duas providências peculiares ao processo penal, conhecidas como *emendatio libelli* e *mutatio libelli*, ambas direcionadas à adequação do fato imputado – ou imputável – ao direito aplicável.

Vejamos cada uma delas.

13.2.3.2 *Emendatio libelli*

A essa altura de nossos estudos não nos parece haver maiores dificuldades para a exata compreensão do que seja a *emendatio libelli*.

O processo penal, que, embora sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito revela-se como instrumental posto à disposição do indivíduo em face do poder estatal, é também o único caminho para a aplicação do Direito Penal, no que se compromete com a realização de determinados valores e bens, protegidos pela norma penal em razão de sua indispensabilidade à convivência do grupo social (perspectiva da função jurisdicional).

Embora a referência feita ao processo penal "enquanto garantia do jurisdicionado diante do Estado" guarde alguma proximidade conceitual com a ideia do Estado Liberal, especificamente em relação à equação *indivíduo (individualidade)* x *Estado*, cumpre ressaltar que as exigências de um devido processo legal, fundado em garantias individuais, têm por objetivo, também no Estado Democrático de Direito, a realização da igualdade entre as partes submetidas à jurisdição penal, atuando, pois, no plano da efetivação das liberdades.

Por isso, e porque ao Estado interessa tanto a condenação do culpado quanto a

absolvição do inocente, o que efetivamente deve ser buscado é a correta aplicação da lei penal ao caso concreto, independentemente do papel desempenhado pelas partes, no que se refere especificamente ao direito cabível. E essa, a de dizer o direito, é uma tarefa destinada com exclusividade aos órgãos do Poder Judiciário. Talvez se possa afirmar que existiria aqui uma exceção à regra, uma vez que se reserva ao Ministério Público, em matéria criminal, o juízo negativo de propositura da ação penal (arquivamento) ao qual o Judiciário (do juiz de primeira instância ao Supremo Tribunal Federal) se encontraria vinculado. Pode ser. Mas, a nosso aviso, a questão aqui seria de outra ordem, pois a jurisdição – também a criminal – somente atua a partir da provocação do interessado (aqui, o MP).

A *emendatio libelli* é a expressão mais eloquente desse compromisso com a preservação da ordem jurídica.

Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a consequência jurídica que dele extrai o seu autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. *Narra-me o fato que te darei o direito*, como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da escolha do autor da ação, mas de imposição legal.

Assim, a *emendatio* não é outra coisa senão a correção da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato narrado e efetivamente provado (ou não provado, se a sentença não for condenatória, caso em que seria dispensável a *emendatio*) ao tipo penal previsto na lei.

Nos termos do art. 383 do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, "*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*".

Na redação da lei, deve-se entender por definição jurídica precisamente a capitulação ou classificação feita pelo autor na inicial, em cumprimento da exigência prevista no art. 41 do CPP. Assim, dar definição jurídica diversa é alterar a capitulação, isto é, a consequência jurídica do fato imputado na denúncia ou queixa. O fato, evidentemente, há de permanecer o mesmo.

Não se exige, então, a adoção de quaisquer providências instrutórias, bastando a prolação da sentença com a capitulação jurídica (do fato) que parecer mais adequada ao juiz. Nem mais, nem menos, sobretudo porque o réu não se defende da capitulação, mas da imputação da prática de conduta criminosa. Por isso, ainda que da nova definição jurídica resulte pena mais grave, não haverá qualquer prejuízo à defesa (pelo menos em face do Direito).

Por essa razão, a providência pode ser adotada em qualquer grau de jurisdição, ao contrário da *mutatio libelli*, conforme veremos a seguir.

Cumpre observar, porém, que, embora possível, a *emendatio libelli* em segundo grau sofre as mesmas limitações pertinentes aos efeitos devolutivos dos recursos, em geral. Vige aqui a regra da proibição da *reformatio in pejus*, ou reforma para pior, segundo a qual o julgamento do recurso não poderá ser mais desfavorável que a decisão de primeira instância, em relação à impugnação aviada exclusivamente pelo recorrente. Não havendo recurso do Ministério Público, o tribunal não poderá piorar a situação do acusado com base no recurso por ele interposto. Assim, ainda que o tribunal esteja autorizado a corrigir a capitulação do crime, da emenda não poderá resultar, nunca, aplicação de pena mais grave.

O STF, por meio de brilhante decisão da relatoria de Gilmar Mendes (HC 123251/PR), adotou uma interpretação bem ampla do que pode ser considerado *reformatio in pejus* no âmbito da *emendatio libelli*. Na ocasião, vedou a alteração da capitulação de furto qualificado para peculato, ainda que a pena não tivesse sido agravada. Fundamentou a decisão no fato de que o peculato é caracterizado como um crime contra a Administração Pública, e nessa espécie de delito é exigida a reparação do dano causado ou a devolução do produto do ilícito praticado para que haja progressão de regime. Mesmo que naquele caso concreto a condenação tenha determinado o regime aberto, sempre haveria a possibilidade de regressão de regime, quando, então, se concretizaria a alteração prejudicial ao réu. Em outro caso igualmente interessante, o mesmo Tribunal (e o mesmo relator) entendeu configurada a *reformatio in pejus* quando a dosimetria da pena foi agravada na primeira "fase", ainda que a pena final tenha sido *reduzida*! Julgou-se que o aumento da reprovação na

pena-base poderia provocar consequências negativas para o réu, por exemplo, o agravamento do regime inicial da reprimenda. Se no primeiro caso prestamos homenagens à decisão da Corte Suprema, o segundo nos parece mais problemático. Tratando-se de recurso exclusivo da defesa, não há como falar em agravamento do regime inicial já imposto na sentença, daí a impossibilidade de o réu se ver em situação pior do que já se encontrava. Contudo, a fundamentação do acórdão pode encontrar ressonância na possibilidade, ao menos em tese, de denegação da eventual suspensão condicional da pena (*sursis*) – visto que um dos requisitos que ela exige é a análise positiva de vários elementos que integram as "circunstâncias judiciais", que por sua vez determinaram a fixação da reprimenda da pena-base. É o que se depreende do art. 77, II, do CP. Da mesma forma, é possível que a inovação na reprovação das circunstâncias mencionadas também impeça a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, nos termos do art. 44, III, do CP.

Com a emenda realiza-se, portanto, a correlação do fato ao direito e, assim, entre o pedido (ou causa de pedir) e a sentença.

Abalizada doutrina (aliás, em obra de muitos méritos) sustenta que, mesmo na *emendatio libelli*, o juiz deveria baixar os autos à defesa, para que esta se manifestasse acerca da possível modificação da classificação jurídica do fato (BADARÓ, 2000), como exigência do princípio da ampla defesa. Com a entrada em vigor, então, do art. 10 do novo CPC não faltarão adeptos à tese.

Todavia, há que se ter presente, para início de conversa, que a matéria da *emendatio* vem regulada expressamente no CPP, não reclamando, por isso mesmo, o recurso à analogia. Essa, como se sabe, somente é cabível *em hipótese de ausência de regulação específica da matéria*, o que não é o caso de que se cuida. Evidentemente. E, mais.

Ainda que sedutora a tese, logicamente conformada com o apontado princípio da ampla defesa, a ela não aderimos. Tratando-se de questão unicamente de direito (adequação do fato narrado à norma), o acusado poderá dela defender-se amplamente junto às instâncias recursais, incluindo-se a matéria entre aquelas devolvidas ao conhecimento dos tribunais, por força dos efeitos do apelo eventualmente aviado.

Mais: feita a imputação, seja pelo Ministério Público, seja pelo particular, o réu deve manifestar-se não só sobre a existência do fato, mas da adequação desse fato a uma norma penal. Os órgãos acusatórios não detêm o poder ou a prerrogativa de escolher a definição jurídica do fato. Essa é uma missão constitucionalmente atribuída ao Judiciário; por isso, a defesa há de voltar-se para o ordenamento jurídico, e não para a escolha, eventualmente malsucedida, feita pelo responsável pela acusação. Por último: a hipótese representaria fracionamento temporal da sentença, na medida em que já anunciaria, em boa medida, o convencimento judicial.

E a se admitir nulidade na *emendatio*, o que dizer então da *aplicação da pena*? Efetivamente, nem MP nem a defesa se manifestam sobre como deverá ser feita a *dosimetria* da pena. O que fazer? Anular todas as condenações nacionais?

Naturalmente, quando da *emendatio libelli* puder resultar modificação do rito procedimental, e em prejuízo da ampla defesa, o caso será de nulidade do processo, exatamente por essa razão (violação da ampla defesa) e não por suposta invalidade abstrata da *emendatio*.

Com base nessa lógica é que o STJ excepcionou a regra de que a *emendatio* deve ser feita na sentença, para antecipar a sua ocorrência no caso concreto a fim de viabilizar o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública (decorrentes da desclassificação, por óbvio) – HC 241.206/SP, Rel. Min Nefi Cordeiro, 11.12.2014. Exemplo claro é o da desclassificação da infração para uma de menor potencial ofensivo, quando então se abriria a possibilidade de aplicação imediata de diversos institutos criados pela Lei 9.099 que beneficiariam o réu, como a transação.

Há mais, em relação aos dois parágrafos do art. 383, CPP.

No primeiro deles (§ 1º), afirma-se, com acerto, que, se da modificação de enquadramento jurídico do fato, resultar crime para o qual seja prevista a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95), deverá o juiz abrir vista ao Ministério Público para a respectiva proposta. Já veremos que eventual dissensc entre eles (juiz e MP) acerca da aplicação ou não da suspensão resolver-se-á pela aplicação do art. 28, CPP (Súmula 696, STF).

Já o segundo poderá trazer alguns percalços.

Com efeito, dispõe o art. 383, § 2º, CPP, que, se da alteração na capitulação houver também modificação da competência do juízo, para lá deverão ser encaminhados os autos.

O problema em relação a essa regra pode passar despercebido, mas existe efetivamente.

É que, com a inclusão do princípio da identidade física do juiz, por força do disposto no art. 399, § 2º, CPP, deve-se evitar, o quanto possível, o afastamento do juiz que instruiu a causa, e, com isso, colheu a prova (identidade física e imediatidade da prova).

Assim, ainda que modificada a competência relativa do juiz, pensamos que deverá ele mesmo proferir sentença, em atenção aos citados princípios processuais.

E nos referimos expressamente à modificação de competência relativa, porquanto a alteração de competência absoluta impõe a remessa imediata ao juiz natural para a causa, sob pena de nulidade absoluta. Quando, ao contrário, a modificação de competência resultante da *emendatio* for relativa, deverá o juiz que instruiu a causa proferir decisão, pois, (a) em relação às partes, a incompetência relativa deve ser arguida na resposta escrita (art. 396, CPP), sob pena de preclusão, e (b) ainda que se admita possa o juiz reconhecer a sua incompetência relativa, deve-se, agora, dar preferência ao princípio da identidade física.

E quando resultar da *emendatio* modificação de competência fixada em leis de organização judiciária, isto é, competência de varas especializadas? Ver, no ponto, nossas considerações expostas no item 7.8.

13.2.3.3 *Mutatio libelli*

Antes de prosseguirmos, a definição do *caput* do art. 384, CPP:

"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."

Enquanto na *emendatio* a definição jurídica refere-se unicamente à classificação dada ao fato, aqui, na *mutatio libelli*, a nova definição será do próprio fato. Não se altera simplesmente a capitulação feita na inicial, mas a própria imputação do fato.

A justificativa: "*em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação*."

Na ordem anterior à Lei nº 11.719/08, cabia ao próprio juiz a alteração (*mutatio*) da acusação (*libelli*), quando da nova definição jurídica surgisse crime cuja pena fosse igual ou inferior àquela do delito imputado inicialmente ao réu. Daí as inúmeras críticas feitas ao instituto da *mutatio*, que concedia verdadeira iniciativa acusatória ao magistrado, em manifesta incompatibilidade com um modelo processual de feição acusatória. Daí também o autoritarismo a que nos referíamos no início dessa análise.

O novo texto corrige o antigo defeito, esclarecendo que, independentemente da pena, o novo delito somente poderá ser julgado se promovido o aditamento da acusação pelo órgão do Ministério Público. E, mais, que o juiz ficará adstrito aos termos do aditamento (art. 384, § 4º, CPP). A *mutatio*, então, depende de aditamento, e que somente será feito pelo Ministério Público, não se aplicando às ações penais privadas, a não ser à subsidiária da pública, instaurada em razão de inércia do *parquet* (art. 29, CPP).

Na redação anterior, falava-se em circunstância elementar não contida *implícita ou explicitamente* na denúncia ou queixa. A expressão utilizada era um primor de ambiguidade. Ora, se não está contida, não está contida, nem de modo implícito e nem de modo explícito, até porque não há outra maneira de *não estar contida*. O novo texto retira as aludidas expressões (*implícita ou explicitamente*), mantendo, contudo, a *ausência*. Fato novo é aquele *não contido*, de nenhum modo, na narração da peça acusatória.

Há casos em que o elemento (ou circunstância) está contido implicitamente na peça acusatória. É o que ocorre, por exemplo, nas desclassificações operadas por alteração feita no elemento subjetivo da conduta (dolo e culpa). Assim,

desclassificada a infração de homicídio doloso para lesão corporal dolosa seguida de morte, a lesão estaria contida implicitamente na ação de produção do resultado morte. Nesse caso, não há necessidade de se aplicar a regra do art. 384 do CPP. Basta a desclassificação, chamada própria, porque com modificação da competência.

No mesmo sentido, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião de desclassificação de peculato doloso para peculato culposo, entendendo-se que a modificação do dolo para culpa não implicaria *mutatio libelli*, tendo o acusado se defendido, amplamente, dos fatos a ele imputados (RHC nº 85.657/SP, Rel. Min Carlos Britto, em 31.5.2005).

É importante salientar que nem sempre a alteração do elemento subjetivo, ou seja, do móvel ou motivo da conduta, poderá ser feita sem que, antes, promova-se alteração também da imputação. Isso porque poderá ocorrer que a modalidade de culpa revelada (em substituição ao dolo imputado originariamente) exija descrição mais adequada da ação do agente. Nem sempre o que (a ação) se alegou querido, desejado, doloso, portanto, pode subsumir-se, por exemplo, ao conceito de imperícia, embora, como regra, tal ocorra. Tanto a imprudência quanto a imperícia, para efetiva demonstração, podem requerer a descrição de circunstâncias não contidas, nem implicitamente, na ação dolosa narrada na peça acusatória – por exemplo, na modificação de lesão corporal dolosa para lesão corporal culposa, em razão de imprudência. Pode ocorrer, nesse caso, que a imprudência somente se revele a partir da comprovação de uma conduta objetivamente contrária ao dever de cuidado – ou de não incremento do risco – e que esses, a conduta e o dever de cuidado, não estejam contidos na denúncia ou queixa.

No entanto, como lembra Greco Filho (1999, p. 328-329), não se poderá fazer a simples desclassificação de

> "[...] lesão corporal para maus-tratos ou de sedução (já revogado pela Lei 11.106/2005) para corrupção de menores (renascido na Lei 8.069/90, art. 244-B, com redação dada pela Lei 12.015/09), porque os crimes menos graves, em seus elementos típicos, não estão integralmente contidos nos mais graves".

Na *mutatio*, o que ocorre não é a simples alteração do elemento subjetivo da

conduta, mas a imputação da ocorrência de novo fato. A espécie de desclassificação que dela surge não decorre também de simples juízo de adequação do fato à norma, mas, repetimos, de nova imputação fática.

A regra da *mutatio libelli* apresenta duas características essenciais, no âmbito dos atos judiciais.

A primeira delas é o seu indisfarçável utilitarismo.

Já vimos que a denúncia ou queixa poderão ser aditadas pelos respectivos autores, lembrando que, em relação ao querelante, será preciso observar-se o prazo decadencial. E desse aditamento poderá resultar nova imputação, se outro for o fato narrado no aditamento, ou novos réus, se for nesse sentido a inclusão procedida. Em tais situações, o prazo de instrução, incluindo a apresentação de resposta escrita, deverá ser inteiramente reaberto, com modificação, também, da data de interrupção da prescrição.

Não é o que ocorrerá com o aditamento realizado por ocasião da *mutatio*.

Nessa modalidade, como não há a *substituição* da acusação, mas a *adição* a ela de um fato ou circunstância agregado àquele (fato) principal já imputado, não haverá renovação integral da instrução e nem mesmo modificação da interrupção da prescrição. É dizer, na *mutatio* não há *nova ação*, mas aproveitamento daquela já instaurada, em razão de provas surgidas apenas na fase de instrução.

Com efeito, a inclusão de elemento ou de circunstância novos não poderá significar, obviamente, a mudança completa da acusação. O fato novo, na realidade, deverá se agregar ao núcleo da conduta imputada, como acréscimo, como ocorre (o exemplo é tradicional e bastante elucidativo) no crime de furto, ao qual acrescida a violência como fato novo a nova definição passará a ser de roubo. O núcleo da ação, subtração da coisa, continuará o mesmo.

Excepcionalmente, poderá até haver modificação de fato implicitamente contido na denúncia. Por exemplo: do crime de furto poder-se-ia apresentar, após a *mutatio*, o delito de apropriação indébita, mantendo-se, contudo, o núcleo da ação exercida sobre coisa certa e delimitada. O que estamos aqui nos referindo como “fato

implicitamente contido", no exemplo dado, seria a retenção da coisa alheia, ao contrário da subtração dela, narrada explicitamente no tipo de furto. É claro que se poderia argumentar que o exemplo não é dos melhores, sobretudo porque a ação de subtrair não contém, implicitamente, a de reter ou de manter. Todavia, para fins didáticos, o exemplo cumpre sua missão, na medida em que aponta uma hipótese concreta de *mutatio*, e na qual o novo fato (mudado) manteria o núcleo relativo à posse ou detenção da coisa.

Uma última distinção entre o aditamento da *mutatio* e o aditamento à denúncia: no primeiro caso, da *mutatio*, o art. 384, *caput*, § 2º, do CPP prevê a modalidade de instrução probatória que será adotada, tendo em vista tratar-se de alteração da acusação (mantido o núcleo da conduta), e não de nova imputação (fato integralmente novo). No segundo, do aditamento, o que ocorrerá, salvo nas hipóteses do art. 569 do CPP, referente à omissão de dados não essenciais, é a reabertura integral da instrução, incluindo novo interrogatório. E mais: enquanto a *mutatio* é feita na fase decisória, com o fim de aproveitar o processo em curso, sem o risco da prescrição, o aditamento pode ser realizado a qualquer momento, tudo a depender da conveniência procedimental e da inexistência de prescrição.

De outro lado, e por paradoxal que pareça, é possível apontar algumas vantagens na adoção da regra da *mutatio libelli*, até mesmo quanto aos interesses da defesa. É que a existência de um procedimento dessa natureza já justifica a elaboração de uma teoria da coisa julgada penal em bases absolutamente distintas da coisa julgada no horizonte cível.

E mais: uma teoria construída a partir do pressuposto do *fato da realidade* como fundamento da verdade e da certeza jurídica no âmbito penal, independentemente do acerto ou do equívoco cometido por ocasião da imputação feita na denúncia ou na queixa.

Nesse sentido, a previsão da *mutatio* funcionaria como verdadeira garantia contra a atividade persecutória do Estado, atuando no âmbito dos limites objetivos da coisa julgada, conforme veremos mais adiante. Que fique assentado, porém, que a ideia da coisa julgada penal fundada na *realidade histórica*, e não no fato narrado na inicial,

não se sustenta unicamente na previsão da *mutatio libelli*; ao contrário, todo o sistema constitucional de garantias individuais está indicando e fundamentando essa conclusão. Nada obstante, a previsão expressa de oportunidade de alteração da peça acusatória momentos antes da sentença, sem dúvida alguma, reforça a argumentação para além do nível principiológico (sistema constitucional de garantias individuais).

Atualmente, então, algumas questões restaram definitivamente esclarecidas.

Primeiramente: a *mutatio* dependerá de iniciativa do Ministério Público. Diz o § 1º do art. 384, CPP, que o juiz, não concordando com o não aditamento, poderia submeter a questão ao órgão de revisão no âmbito do Ministério Público, aplicando-se o art. 28 do CPP (e art. 62 da LC nº 75/93). Referido dispositivo segue a lógica do controle judicial de arquivamento de inquérito e de peças de informação. Do ponto de vista de um sistema acusatório, é bastante criticável, embora não vejamos razão para a sua invalidade, por eventual inconstitucionalidade. É que, tratando-se de fase decisória, o juiz não estaria exercitando funções de instrução e muito menos de acusação.

Se o órgão de revisão do Ministério Público, em última instância, decidir que o caso não é de aditamento, o juiz simplesmente julgará o processo nos termos da imputação feita, podendo daí resultar até a absolvição do réu, pela ausência de imputação típica. Exemplo da primeira hipótese (de julgamento conforme a imputação): não havendo a *mutatio* no caso da acusação de furto, para a inclusão da violência e alteração para o roubo, o juiz deverá condenar apenas pelo delito menos grave, já que provada a subtração da coisa.

Se, porém, do reconhecimento da presença do fato novo puder resultar incompatibilidade com o tipo penal narrado na denúncia, a recusa de aditamento implicará a absolvição do réu. Por exemplo: acusação de crime de violação sexual mediante fraude, conforme art. 215 do CP. Assim, se da prova resultante da instrução surgirem evidências da existência de violência real e não de fraude, o não aditamento, isto é, a não aplicação da *mutatio* pelo Ministério Público poderá determinar a absolvição por ausência de tipicidade (da elementar fraude).

Para os interesses da defesa, melhor seria, evidentemente, a inexistência da regra

constante do § 1º do art. 384, CPP. Assim, mesmo quando a modificação da acusação implicasse a aplicação de pena menos grave, a ausência de aditamento permitiria ao juiz a absolvição do réu, se a prova resultante da instrução indicasse crime de natureza diversa.

Outra questão assentada: não caberá a *mutatio* para as ações penais privadas, ao contrário do que previa a antiga redação do *caput* do art. 384, CPP. A opção é de política legislativa, não havendo, em tese, incompatibilidade do instituto com a iniciativa privada. No entanto, como a alteração é expressa, não vemos como sustentar a aplicação analógica da *mutatio libelli* nas ações penais privadas.

Um problema: seria possível a alteração da natureza da ação – de ação pública *incondicionada* para ação pública *condicionada* – por força de *mutatio libelli*?

Exemplo: em uma ação penal pública em que se cuidasse de crime de furto (art. 155, CP), ao final da instrução poder-se-ia constatar que o autor era condômino e que o bem furtado era *comum* (art. 156, CP). Como proceder?

Nesse caso, como não haveria alteração na *legitimação ativa* da ação, permanecendo o Ministério Público como seu titular, pensamos que sequer seria o caso de *modificação da imputação* (do libelo). A *representação*, como vimos, traduz mera autorização do ofendido para a propositura da ação penal condicionada.

Note-se que, no exemplo dado, sequer seria possível inviabilizar a ação penal, na medida em que a divulgação do fato já teria ocorrido. A representação é a autorização para o *ingresso* da ação e não para a *aplicação da pena criminal*. Esta última é pública e continuará em mãos do Estado. Por isso, acreditamos que o processo deverá ter curso normal, com a prolação da sentença.

A partir das Leis nºs 12.015/09 e 13.718/18, algumas questões de direito intertemporal poderão surgir. É que, constituindo o direito de *ação* um direito subjetivo que se *adquire* a partir de determinadas condições e circunstâncias (art. 38, CPP), pensamos ser possível o ajuizamento de queixa, mesmo na vigência das novas regras. Não bastasse, existem as ações penais já em curso, e que, evidentemente, não foram atingidas pelas leis retrocitadas. Ver, no ponto, nossas considerações lançadas no Capítulo 2, intitulado *Leis e Processo Penal no Tempo e no Espaço*, item 2.3.

Para tais situações – insista-se: de direito intertemporal – valem ainda os exemplos que apreciamos nas edições anteriores a esta.

A eles:

1. Em uma ação penal privada já ajuizada, com fundamento na prática de estupro praticado com violência moral (sem a aplicação da nova regra das Leis nºs 12.015/09 e 13.718/18), se constata, na instrução, a prática de violência real (física). Como resolver?
2. Em uma ação penal pública instaurada com fundamento na antiga redação do ar 225, II, do CP (antes das Leis nºs 12.015/09 e 13.718/18), descobre-se, na instrução, que o agente não era, ao tempo dos fatos, curador ou detentor do poder familiar da ofendida. Solução?

Na primeira hipótese, como não há previsão legal da *mutatio* (para a ação privada), a alternativa seria a intimação do MP para o aditamento da queixa, com o oferecimento da denúncia, se ainda não prescrita a ação.

Na segunda, como a razão de impedimento da atuação do ofendido – a ação, àquele tempo, seria pública incondicionada – também seria óbice à aquisição do direito de ação, não se poderia recusar a aplicação imediata das leis já mencionadas, mantendo-se o Ministério Público na titularidade da ação, não havendo que se falar na necessidade de representação ou na possibilidade de ajuizamento de queixa.

Bem, quanto ao procedimento: promovida a *mutatio libelli*, aditada então a denúncia (ou queixa, na ação subsidiária da pública), o juiz dará vista à defesa pelo prazo de cinco dias, ao final dos quais admitirá ou não o aditamento (art. 384, § 2º, CPP). Admitindo, designará, no prazo de 5 (cinco) dias, o prosseguimento da audiência de instrução e julgamento, facultando-se à acusação e à defesa a inquirição de mais três testemunhas, tenham ou não já sido ouvidas na ação (art. 384, § 4º, CPP).

Diz a Lei (nº 11.719/08) que se fará novo interrogatório do acusado, providência, aliás, que dispensaria regra explícita, já que, no novo procedimento, o interrogatório se realiza após a inquirição das testemunhas (art. 400 e art. 531, CPP). E, mais. C

acréscimo de elemento ou circunstância nova a modificar a imputação, ainda que mantido o núcleo da acusação, deve mesmo ser submetido à autodefesa.

Não admitido o aditamento, para cuja decisão, em tese, seria cabível o recurso em sentido estrito, o juiz prosseguirá, sentenciando. Com isso, mais útil ao Ministério Público será a impugnação da decisão de não admissibilidade do aditamento no próprio recurso de apelação.

Há, ainda, duas outras questões trazidas pela Lei nº 11.719/08, que não constavam da legislação antecedente.

Consta do art. 384, § 3º, CPP, que os §§ 1º e 2º do art. 383 (*emendatio libelli*) também se aplicariam nessa fase procedimental. À primeira vista, a questão não ofereceria maiores preocupações, sobretudo em relação à possibilidade de suspensão condicional do processo (§ 1º, art. 383, CPP), já que, sem a manifestação do Ministério Público, não se aplica o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, consoante entendimento jurisprudencial sumulado (Súmula 696, Supremo Tribunal Federal).

No entanto, caberia indagar: poderia o juiz, a partir das provas colhidas na investigação e da possibilidade de aplicação da *mutatio*, reconhecer a sua incompetência, independentemente do aditamento do Ministério Público? A pergunta só tem cabimento em razão da previsão do § 1º, do art. 384, que permite a aplicação do art. 28, CPP, na hipótese de o juiz discordar do não aditamento.

A resposta, parece-nos, é negativa.

A nosso aviso, somente se ocorrer e após o aditamento pelo Ministério Público é que o juiz poderá reconhecer a sua incompetência e enviar os autos ao juiz competente.

Mas não é só. Por força do princípio da identidade física do juiz, acolhido no art. 399, § 2º, do CPP, deverá o juiz, nas hipóteses de incompetência relativa, surgida com o aditamento, prorrogar a sua competência e sentenciar o processo, ainda que se possa reconhecer nele (juiz) poderes para afirmação, de ofício, de semelhante incompetência (relativa), com fundamento no art. 109 do CPP. Como já salientamos, a *imediatidade*, isto é, o fato de o juiz ter contato pessoal com a prova milita em favor

de uma mais adequada tutela jurisdicional, devendo prevalecer, por isso, o princípio da identidade física do juiz. Aliás, nenhuma surpresa. Basta ver o disposto no art. 81, *caput*, do CPP, que permite a prorrogação de competência relativa nas hipóteses de processos reunidos por conexão e continência.

Já nos casos de incompetência absoluta, a solução será outra.

Em primeiro lugar, porque, em se tratando de competência de jurisdição definida na Constituição da República, não há disponibilidade quanto à sua modificação. Com isso, surgida nova definição de crime pelo aditamento da *mutatio*, e que implique a modificação do juiz natural, deverá o juiz encaminhar os autos àquele.

Surge, então, um problema.

É que, se do aditamento puder surgir nova definição jurídica do fato e cuja consequência seja a alteração do juiz natural, não poderá o órgão do Ministério Público oficiante promover o aditamento da peça acusatória, exatamente por faltar-lhe atribuição constitucional para a causa. Exemplo: em processo no qual se apura tráfico interno de drogas, pode-se extrair, após a instrução, que há elementos demonstrando a transnacionalidade da conduta, de tal maneira que a competência seria da jurisdição federal e não da jurisdição estadual. Mas, se assim for, por que o membro do *parquet* estadual se animaria a promover o aditamento se ele se reconhece sem atribuições para os crimes federais?

Se ambos (juiz e Ministério Público) estiverem de acordo, não haverá problemas: os autos serão encaminhados à Justiça e ao Ministério Público Federal. Mas e se não houver acordo quanto à modificação de competência?

Se o Ministério Público não aditar sob tal fundamentação, a única solução possível, então, seria a aplicação do art. 28, CPP (e art. 62, LC nº 75/93, no âmbito federal), como, aliás, vem sendo feito no chamado arquivamento *indireto*, de que já cuidamos (ver item 4.1.3.1).

Já se for o juiz que não concordar com a modificação de competência promovida com a *mutatio*, no aditamento, deverá rejeitá-lo e prosseguir com o julgamento (art. 384, § 5º, CPP).

Note-se, por fim, que a regra do art. 384, CPP, somente pode ser aplicada em primeira instância. Admitir o contrário seria permitir que o tribunal conhecesse de matéria não submetida à apreciação no primeiro grau, implicando, portanto, supressão de instância. Nesse sentido, ver a Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal.

E quando resultar da *mutatio*, com e após aditamento do Ministério Público, modificação de competência fixada em leis de organização judiciária, isto é, competência de varas especializadas? Ver, no ponto, nossas considerações expostas no item 3.3.1.1.

13.2.3.4 Motivação e dispositivo das sentenças

Como as sentenças nas ações penais em que se pretenda a imposição de sanção penal, isto é, nas ações penais denominadas condenatórias (aqui excluídas a ação de *habeas corpus*, mandado de segurança em matéria penal, ação de revisão criminal etc.), ou são absolutórias, ou são condenatórias, percebe-se facilmente que as regras relativas à motivação e à sua parte dispositiva recebem regramento um pouco distinto, em relação ao processo civil.

Iniciemos com a sentença absolutória.

Diz o art. 386 do CPP que o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

"I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e 28, § 1º, do Código Penal) ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; e, VII - não existir prova suficiente para a condenação."

Note-se que aquilo que o Código chama de *causa* diz respeito à verdadeira motivação do julgado, na medida em que se presta a fundamentar a decisão de absolvição, essa, sim, indicativa da parte efetivamente dispositiva da sentença.

Com a decisão, pois, de absolvição, fundada em quaisquer dos motivos ou causas arroladas no art. 386 do CPP, ficam deduzidas e repelidas todas as alegações que a

acusação poderia incluir ou acrescentar para o acolhimento da pretensão punitiva, em relação àquele(s) fato(s) específico(s). Observe-se, porém, que algumas dessas causas ou motivações da absolvição poderão constituir também limites objetivos da coisa julgada absolutória, com eficácia preclusiva até mesmo em relação à jurisdição civil, como ocorre, por exemplo, com aquelas constantes dos incisos I (prova da inexistência do fato), IV (estar provado que o réu não concorreu para a infração penal) e V (existência de causas de justificação ou excludentes da culpabilidade), subordinantes daquela instância (civil) no curso de eventual ação civil *ex delicto* (arts. 65 e 66, CPP), ainda que, para estas últimas (art. 386, V, CPP), a subordinação nem sempre será suficiente para afastar a responsabilidade civil (art. 188, CC).

Para efeitos penais, é a decisão de absolvição que, passada em julgado, tem como efeito a preclusão de toda e qualquer via impugnativa de seu conteúdo, impedindo a instauração de nova persecução penal sob o mesmo fundamento de fato. Por isso, ainda que eventualmente a causa ou motivação da decisão absolutória não se enquadre perfeitamente nas hipóteses ali elencadas, como é o caso daquela que absolve sumariamente o réu em razão da extinção da punibilidade (art. 397, IV, do CPP) –, ela não impedirá a formação da coisa julgada, com todos os consectários a ela inerentes.

Aliás, cumpre registrar que, a partir da Lei nº 11.690/08, encontra-se inserida em nosso ordenamento a *negativa de autoria*, o que ocorrerá quando o juiz afirmar, como motivação da absolvição, *estar provado não ser o réu o autor da infração penal*, incluída expressamente no art. 386, IV, CPP.

Convém lembrar que estamos nos referindo aos efeitos penais ou processuais penais da sentença absolutória, já que os efeitos da coisa julgada penal no juízo cível, para o fim de afastar a responsabilidade civil, encontram-se regulados expressamente em Lei, conforme se observa no art. 188 do CC e arts. 65 e 66, ambos do CPP Remetemos o leitor ao estudo do tema relativo à ação civil *ex delicto*.

Vejamos então, mais de perto, cada uma das causas da sentença absolutória.

a) estar provada a inexistência do fato (inciso I)

Embora motivo da decisão absolutória, dispõe o art. 66 do CPP que a "*ação civil*

poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato". Por aí já se nota a importância da explicitação da absolvição sob esse fundamento.

A decisão judicial aqui mencionada diz respeito não à insuficiência de provas, como é o caso da maioria das hipóteses do art. 386, mas à possibilidade de existir prova categórica da inexistência da própria materialidade apontada na denúncia ou queixa. O dispositivo é bastante ousado, na medida em que pretende possível a produção de certeza quanto à inexistência de algo, quando muito mais viável e factível se nos apresenta a possibilidade de se comprovar a existência do que quer que seja.

b) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (inciso IV)

Embora assecuratória de certeza de fato *negativo*, isto é, de não ter o réu concorrido para a infração penal, a hipótese desse inciso é diferente da do primeiro (inexistência do fato). Muitas e muitas vezes, a instrução demonstra que o autor, efetivamente, não poderia ter praticado o fato, seja porque outro o autor (também constatado na instrução), seja porque faticamente impossível a sua realização, a partir da comprovação da localização, temporal e espacial, do réu no momento do crime.

A regra é mesmo importante, sobretudo no ponto em que se poderá manejar a eficácia preclusiva de semelhante decisão absolutória também no juízo cível, ainda que inexista previsão expressa nesse sentido. E assim deve ser porque as vinculações de instância, do crime para o cível, partem de juízos de certeza emitidos pela Justiça Criminal. Portanto, se a decisão que absolve por falta de provas não vincula o juízo cível, a outra, fundada na existência de provas da *negativa de autoria* vincula.

c) não haver prova: da existência do fato (inciso II); de ter o réu concorrido para a infração penal (inciso V); e suficiente para a condenação (inciso VII)

Enquanto as primeiras causas referiam-se à demonstração de certeza, nas hipóteses aqui mencionadas a sentença reconhece exatamente o contrário: a incerteza quanto à comprovação de determinados fatos, ligados à autoria e à materialidade do delito, resultando a absolvição pela insuficiência da prova colhida.

A causa do inciso VII é bastante curiosa, para dizer o mínimo. Não haver prova suficiente para a condenação quereria dizer outra coisa que não a insuficiência de prova quanto à existência do fato ou de sua autoria, já mencionadas nos outros incisos? Ou seria apenas uma via reservada ao julgador quando este não estivesse plenamente convencido pelo exame das provas efetivamente existentes em relação à autoria e à materialidade? Ficamos com esta última hipótese, que se revela mais adequada ao contexto das disposições do art. 386.

Note-se que as hipóteses do inciso III (não constituir o fato infração penal) e inciso VI (existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem de pena, ou quando houver dúvida sobre a sua existência) partem, ambas, do suposto da existência do fato e da respectiva autoria. Todavia, em decorrência da valoração jurídico-penal do fato, permitem a absolvição pelo afastamento da norma penal, pela atipicidade (inciso III, não constituir o fato infração penal), ou pelo reconhecimento da presença de excludentes do tipo (hipóteses de erro e de descriminantes putativas), da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal), ou da culpabilidade (VI).

Curiosidade: a Lei nº 11.690/08 inovou, incluindo a *dúvida acerca da existência das excludentes* (inciso VI) como fundamento para a absolvição. Se é verdade que a regra pode ser creditada à conta do princípio do *in dubio pro reo*, por outro lado, pensamos que semelhante dispositivo (de absolvição) é redundante. Dúvidas sobre a existência de excludentes de ilicitude ou culpabilidade autorizam absolvição sob a rubrica do inciso VII, no sentido de *não haver prova suficiente para a condenação*. Nesse passo, não nos animaríamos a incluir a nova hipótese como outra espécie do inciso III (não constituir o fato infração penal), na medida em que, aqui, emite-se juízo de *certeza* (não constitui...).

As consequências da sentença absolutória no campo da responsabilidade civil já

foram abordadas no tempo e espaços oportunos (ação civil *ex delicto*), razão pela qual não voltaremos ao tema nesta oportunidade.

No âmbito processual penal, além dos efeitos próprios da coisa julgada, é de se ressaltar a exigência que se impõe ao juiz de determinar a imediata soltura do acusado que se achar preso, tão logo seja proferida a decisão absolutória (art. 596).

Embora o apontado dispositivo legal pareça de uma obviedade desconfortante, cabe lembrar que, ao tempo da redação originária do Código de Processo Penal, havia, no referido artigo, previsão de manutenção da prisão, mesmo após a prolação da sentença absolutória, quando se tratasse de imputação de crime cuja pena máxima fosse igual ou superior a dez anos. Somente em 1973, com a vigência da Lei nº 5.941, é que a esdrúxula e aberrante figura legislativa veio a ser modificada, com a alteração do citado art. 596.

Vejamos, agora, a sentença condenatória.

Observa-se, de início, que aqui impera a máxima do *dá-me o fato que lhe dou o direito*, como expressão da função jurisdicional penal, a impor a correta aplicação da lei, independentemente da atuação das partes.

Por isso, ainda que o Ministério Público requeira a absolvição do acusado em alegações finais, o juiz poderá proferir sentença condenatória, bem como reconhecer agravantes ou atenuantes (art. 387, I), embora nenhuma tenha sido alegada (art. 385).

Outra ponderação: a autorização de reconhecimento *ex officio* de agravantes não alegadas parece-nos inaceitável, quando se tratar daquelas que descrevem *comportamentos* e não situações jurídicas indiscutíveis, como é o caso, por exemplo, do *parentesco*. Em tais hipóteses, no art. 62 do CP, quando não constantes da peça acusatória, e sobre as quais, por essa razão, não se teria manifestado a defesa, o reconhecimento delas pelo juiz violaria frontalmente o princípio da ampla defesa. Veja-se o exemplo da agravante do art. 61, I, do CP (a reincidência): refere-se a determinada situação jurídica a salvo de maiores indagações – daí por que poderia ser reconhecida de ofício. As demais, do inciso II, ou são constitutivas, ou são qualificadoras de tipos penais, razão pela qual também não podem ser reconhecidas de ofício. Do mesmo modo ocorrerá com as qualificadoras e causas de aumento da

pena constantes da parte especial do Código Penal ou que estejam agregadas ao respectivo tipo penal na legislação não codificada.

De outro lado, registrem-se importantes atualizações trazidas pela Lei nº 11.719/08, relativamente ao dispositivo da sentença condenatória (art. 387, CPP).

Em primeiro lugar, atualizou-se a norma do inciso II, fazendo remissão aos arts. 59 e 60 do Código Penal, enquanto a redação anterior se reportava ao texto originário do CP, antes da Reforma da Parte Geral, ocorrida em 1984.

Atualizou-se, também, o inciso III, fazendo sumir do mapa a referência às antigas e inexistentes penas acessórias, bem como àquela relativa à periculosidade do agente.

Talvez a mais importante é aquela alinhada no inciso IV, relativamente à chamada *parcela mínima* dos danos causados.

Algumas objeções foram levantadas quanto à validade da aludida inserção – imposição de valor mínimo na condenação – fundadas, boa parte delas, em ponderáveis considerações.

A primeira diz respeito à necessidade, ou não, de *pedido expresso* na denúncia ou queixa, para obtenção do título quanto à parcela mínima.

A segunda, mais radical, questiona a legitimidade do Ministério Público para promover a recomposição patrimonial da vítima, na medida em que vedado, constitucionalmente, o exercício da advocacia pelos seus membros (art. 129, IX, CF), além da existência de órgão público destinado à defesa dos inúmeros necessitados nacionais (a Defensoria Pública).

A terceira, por fim, aponta para a impossibilidade de se discutir os prejuízos causados à vítima, sem prejuízo da ação penal. É dizer: a abertura de instrução probatória para a fixação da parcela mínima atrasaria o andamento da ação, tumultuando a persecução penal.

Naturalmente, não se trata de fixação do valor total da recomposição patrimonial. Aqui, atenta-se apenas para o valor mínimo que se revele suficiente para recompor os prejuízos já evidenciados na ação penal. Eventuais acréscimos da responsabilidade civil, sob a rubrica dos lucros cessantes e eventuais danos morais, serão fixados na

instância cível.

Mas vamos a elas.

Pensamos que somente como efeito *secundário* da sentença penal se poderá aceitar a regra do art. 387, IV, do CPP, nos termos, aliás, em que se acha disposto no art. 91, I, do Código Penal, a *reconhecer a certeza e a obrigação de indenização do dano causado pelo crime*.

Com efeito, ainda que sem pedido ou participação da vítima no processo, o citado dispositivo legal sempre autorizou a formação de título executivo no juízo cível, já afirmada a obrigação de indenização do dano pela prolação da sentença penal condenatória. No cível, portanto, restaria apenas a *liquidação* do valor devido.

A nosso aviso, a lei deve ser entendida nestes estritos termos, impedindo o alargamento da instrução criminal para a discussão acerca dos possíveis desdobramentos da responsabilidade civil. Não se há de pretender discutir, por exemplo, o dever de reparação do dano moral ou mesmo dos danos materiais. Não se trata de *cumulação de instâncias* (cível e penal), mas simplesmente da *especificação* de valor mínimo, *devido e cabalmente demonstrado* no desenvolvimento da ação penal, sobretudo quando resultante da própria imputação.

Veja-se, por exemplo, que em uma ação penal pelo crime de dano doloso (art. 163, CP) o mérito da questão penal já permitiria a mais ampla defesa sobre a coisa danificada, incluindo o seu valor. Desse modo, não se poderia alegar violação ao contraditório a fixação do valor mínimo acaso reconhecido e provado.

De outro lado, é imperioso observar que nem sempre tal ocorrerá. Muitas vezes, se o juiz fixar a parcela mínima sem quaisquer debates anteriores acerca da existência do dano e de sua extensão, impor-se-á a nulidade absoluta da sentença, nesse particular.

Por isso, o valor que entendemos possível à sua fixação desde logo na sentença penal condenatória será: (a) aquele que tiver sido objeto de discussão ao longo do processo, prescindindo, porém, de pedido expresso na inicial; (b) aquele relativo aos prejuízos *materiais efetivamente comprovados*, ou seja, em que haja certeza e

liquidez quanto à sua natureza.

Registre-se que a jurisprudência do STJ firmou-se em sentido oposto, autorizando – REsp 1.643.051/MS, julgado em sede de Recursos Repetitivos [Tema 983], Rel Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, por unanimidade, publicado em 08.03.2018 – que se estabeleça um valor mínimo indenizatório a título de *danos morais*, quando se trata de casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, desde que haja pedido expresso nesse sentido, independentemente de instrução probatória). Reputamos defensável a tese, diante de duas peculiaridades: a primeira é a própria *natureza* do delito, que importa em humilhação e ofensa à dignidade da mulher. Assim, o prejuízo moral e psíquico é evidente, o que não ocorre na maioria esmagadora dos outros crimes, que em regra não atentam tão diretamente contra a honra. Aquele mesmo Tribunal contém diversos julgados neste sentido (AgRg no REsp 1.813.825-RJ, Rel. Min. Felix Fischer; AgR no AREsp 1.361.693-GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca). A outra peculiaridade é que a própria Lei 11.340/06 unifica as competências cíveis e criminais no mesmo juízo (arts. 14 e 33), em se tratando de violência criminal.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ora aceita a condenação em danos morais, ora a rejeita. Ficamos com a posição do Ministro Ricardo Lewandoski, que na APN 996/DF, Rel. Min. Edson Fachin, declarou que "... É que, no caso dos danos materiais, esses danos podem ser objetivamente aferidos (...), mas, com relação aos danos morais, nós podemos subestimá-los ou superestimá-los, portanto, eu estou remetendo isso, se for o caso, para um processo apropriado". De fato, a discussão de existência ou não de dano moral, bem como a extensão de sua *compensação* financeira, são matérias estranhas ao direito penal, o que acaba alargando a discussão e prolongando o processo, obrigando o acusado a produzir provas não somente em relação à proteção do seu direito de ir e vir, mas também para enfrentar a possibilidade de condenação em danos morais. Melhor seria, portanto, que este tema fosse debatido no âmbito cível.

Quanto à segunda objeção, pensamos não ser exigida a cumulação de pedidos, um de natureza penal condenatória, e, outro, para fins indenizatórios ou de recomposição

patrimonial. Se fosse o caso, não seria o Ministério Público parte legítima para a pretensão, diante da revogação do art. 68, CPP, pela nova ordem constitucional, ao menos onde houver Defensoria Pública em exercício, segundo reiterada e notória jurisprudência da Suprema Corte.

Cuida-se, ao contrário, de ampliação da regra da *obrigação de reparação do dano* prevista no art. 91, I, do Código Penal, devendo ser observado – por isso mesmo – apenas o valor sobre o qual não paire a mínima dúvida quanto à sua *origem* (do dano), a sua *titularidade* (o acusado) e sua *liquidez*.

Assim, observadas as condições antes mencionadas, relativamente à exigência de contraditório e de ampla defesa, não questionamos a validade da aludida norma. De notar-se que o Supremo Tribunal Federal não tem feito objeções à validade da citada norma, senão em julgamento específico da matéria, pelo menos em *obiter dictum*, conforme se vê no julgamento da AP 396 e na AP 470.

Por fim, a Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, e com vigência imediata, renumera o parágrafo único do art. 387, CPP, que passa então a ser o § 1º do dispositivo legal (art. 387). O conteúdo da norma foi mantido: exige-se ordem escrita e fundamentada do juiz para: (a) a manutenção da prisão anteriormente decretada; (b) a decretação da prisão preventiva daquele que se encontra solto; além de impor o conhecimento da apelação que vier a ser manejada, independentemente do recolhimento do réu ao cárcere. A Lei nº 12.403/11, em seu art. 4º, revoga o art. 595, CPP, no qual se previa a deserção do recurso do réu em fuga.

E a citada Lei nº 12.736/12 acrescenta também o § 2º ao art. 387, CPP, instituindo o dever de consideração do prazo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para fins de fixação do regime de cumprimento da pena. Com isso, prevê-se, portanto, uma diferente modalidade de *detração* já na própria sentença condenatória.

A medida merece elogios. De observar-se que não se trata de detração do tempo de privação da liberdade *na pena* e sim a sua consideração na fixação do regime penitenciário para o início de seu cumprimento. Assim, o magistrado não poderá *modificar* a pena tornada definitiva na aplicação do art. 59, CP, pelo tempo de prisão

anterior. O total da pena imposta, sem a detração, haverá de ser considerado para todos os demais efeitos penais e incidentes na execução. E, evidentemente, o tempo de privação de liberdade anterior somente será considerado na sentença se estiver relacionado com o delito objeto da condenação. Se a prisão ocorrer *por outro motivo* (cautelar) e *outra infração penal*, isto é, não decorrer de providências relacionadas ao crime objeto do processo, não será objeto de detração.

Poder-se-ia pensar na detração, todavia, mesmo na hipótese antes mencionada (prisão relativa à outra infração penal), quando absolvido definitivamente o acusado no outro processo, se naquele juízo tiver sido decretada a prisão provisória. Naturalmente que a Lei não estabelece essa regra, até porque toda prisão antes do trânsito em julgado deverá ter fundamentação cautelar. Assim, a privação da liberdade decorreria de ato imputável ao agente. No entanto, pensamos que o princípio encampado pela Lei é o mesmo: decotar o tempo de prisão da sentença condenatória.

13.2.3.5 Intimação da sentença

Quanto à intimação da sentença, o Código de Processo Penal tem regramento minucioso, conforme se observa do art. 392.

Faremos aqui apenas os seguintes apontamentos em acréscimo e/ou em reparo às citadas regras.

a) a nosso aviso, o princípio constitucional da ampla defesa exige a intimação pessoal do acusado em qualquer hipótese, com o que estaria revogado o previsto no inciso II, que permite a intimação por intermédio do defensor;
b) pelas mesmas razões, entendemos que a intimação deverá ser feita pessoalmente ao réu também no caso do inciso III, pelo que restaria inaplicável a restrição ali contida;
c) na hipótese de não ser encontrado o acusado solto, independentemente da natureza da infração e de se tratar, ou não, de defensor constituído, a intimação do réu deverá ser feita por meio de edital;

d) o defensor do acusado será sempre intimado da sentença, pessoalmente, ou por edital, se não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça.

No que se refere à intimação da decisão de pronúncia nos procedimentos do Tribunal do Júri, que, tecnicamente, não deve ser tratada como sentença, é importante registrar que a intimação será sempre feita ao réu pessoalmente, nos termos do art. 420, I, do CPP. Voltaremos ao assunto no exame dos procedimentos.

O prazo para impugnação recursal da sentença, incluindo os embargos de declaração previstos no art. 382 do CPP, terá início a partir da última intimação realizada (do acusado ou do defensor).

É de se ver, ainda, que os incisos I e II do art. 393 não foram recepcionados pela ordem constitucional, em razão, sobretudo, do princípio da inocência, que, como vimos, exige que toda prisão (incluindo a manutenção da prisão em flagrante) deve ser motivada pela autoridade judicial, com fundamentação em bases cautelares, não se admitindo a custódia ou privação da liberdade como mera decorrência da prolação de decisão condenatória.

E para que não restasse mais qualquer dúvida, a Lei nº 12.403/11, em seu art. 4º, revogou expressamente o citado dispositivo (art. 393, CPP), fazendo o mesmo em relação ao art. 595, CPP, que cuidava da inconstitucional exigência de recolhimento à prisão para apelar.

Por fim, no que tange à *fundamentação da sentença*, remetemos o leitor às considerações que fizemos no item 11.7, a respeito do novo § 2º do art. 315, inserido no CPP pela Lei 13.964/19. Ainda que o dispositivo se localize no Capítulo referente à prisão preventiva, a expressão utilizada pelo legislador deixa claro que a norma se aplica a qualquer decisão: "*Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que...*".

13.2.4 Coisa julgada em matéria penal

A coisa julgada, sabe-se, não é um efeito, mas uma qualidade da decisão judicial

da qual não caiba mais recurso. É a imutabilidade da sentença, de modo a impedir a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida.

O que nos parece aqui mais relevante é a abordagem acerca da coisa julgada que se forma em torno da sentença absolutória, uma vez que a sentença condenatória passada em julgado pode ser rescindida a qualquer tempo, por meio da ação de revisão criminal, regulada nos arts. 621 e seguintes do CPP. Os fundamentos dessa alternativa são óbvios: não há qualquer justificativa, de ordem ética, política, filosófica ou do que seja, para que se mantenha uma condenação injusta, seja porque lastreada em material probatório insuficiente ou falso, seja porque contrária à aplicação do Direito em qualquer momento de nossa realidade histórica.

Normalmente, a autoridade da coisa julgada, ou a sua imutabilidade, é justificada em razão da necessidade de segurança jurídica decorrente da solução dos conflitos sociais resolvidos pela jurisdição estatal.

No campo processual penal há mais a ser dito acerca da mencionada segurança jurídica.

Do ponto de vista da proteção do indivíduo diante do Estado, isto é, do ponto de vista, então, de um Estado Democrático de Direito, em que as decisões judiciais são construídas com a participação efetiva das partes (e particularmente do acusado, via contraditório e ampla defesa), justifica-se plenamente a imutabilidade de uma decisão absolutória passada em julgado, para o fim de garantir ao interessado (réu) certa margem de segurança jurídica individual em relação aos fatos a ele imputados em regular processo penal.

Entretanto, a nosso juízo, o que efetivamente legitima a eficácia preclusiva da coisa julgada, cujo efeito é o de impedir novas investidas acusatórias contra o réu absolvido, é a necessidade de se exercer um rígido controle da atividade estatal persecutória, diante das graves consequências que normalmente derivam da só existência de uma imputação formalizada da prática de uma conduta delituosa, no âmbito dos interesses inerentes à dignidade humana, em todas as suas dimensões.

A vedação da revisão *pro societate*, que não é outra coisa senão a consequência prática dos efeitos da coisa julgada penal, cumpre exatamente essa função de controle,

na medida em que impõe aos órgãos estatais responsáveis pela acusação criminal (sobretudo a Polícia e o Ministério Público) redobradas cautelas no exercício de suas funções. É daí, em razão da imutabilidade da sentença penal absolutória, que se exige do acusador, público ou privado, a preocupação com a qualidade de seu desempenho na atividade persecutória, particularmente no que se refere ao material probatório disponível para o convencimento judicial. Com isso, poder-se-ia afastar, pelo menos em tese, as ações penais temerárias, formadas a partir de investigações pouco criteriosas e sem maiores cautelas quanto ao seu encaminhamento ao Judiciário.

Semelhante preocupação pode ser encontrada, por exemplo, em todo o itinerário das ações penais privadas, consoante se observa nas disposições legais relativas à perempção (art. 60, CPP).

E conforme seja o estágio e o grau da atuação estatal, a coisa julgada se estenderá sobre a respectiva área, ora em maior, ora em menor escala.

Há, com efeito, decisões judiciais que, quando passadas em julgado, impedem a rediscussão da matéria unicamente em relação ao contexto em que foi proferida e especificamente no processo em cujo curso foi prolatada. Fala-se, então, em coisa julgada formal. Por exemplo: a decisão que rejeita a denúncia por ausência de pressupostos processuais ou de qualquer das condições exigidas na lei para o exercício da ação penal (incluindo as condições de procedibilidade), nos termos do art. 395, CPP. Referida decisão impediria, naquele processo, a reabertura da discussão daquele caso penal, fazendo coisa julgada formal, pois.

Outro exemplo: a decisão que determina o arquivamento do inquérito atendendo a requerimento do Ministério Público, por ausência de material probatório suficiente para sustentar a *opinio delicti*. Embora se possa alegar que o aparecimento de novas provas permite a reabertura das investigações naquele mesmo processo, o fato é que a decisão anterior (e não mero despacho) teria eficácia preclusiva, típica de coisa julgada formal, em relação àquele acervo probatório, ou seja, ao contexto em que foi proferida.

Um registro. Atualmente, ressalvada a hipótese dos Juizados Especiais Criminais, pelas razões que lá veremos, não mais se rejeita a denúncia ou queixa por atipicidade

manifesta do fato, consoante se encontrava no revogado art. 43, CPP (ver art. 3º, Lei nº 11.719/08). Com a redação dada ao art. 397, CPP, pela Lei nº 11.719/08, tanto a atipicidade manifesta (III) quanto a extinção da punibilidade (IV) serão objeto de *absolvição sumária* e não mais de *rejeição da denúncia*.

Em tema de atipicidade, a questão é bem mais complexa, porque o conteúdo da decisão então proferida é imensamente mais amplo que o das anteriores. Quando se afirma que o fato imputado é manifestamente atípico, o que estará sendo decidido não é matéria probatória, nem ligada a requisitos de desenvolvimento regular do processo, ou, ainda, acerca de quem seria legitimado para apresentar a pretensão punitiva. O que vai decidido é matéria atinente à própria pretensão punitiva, ou seja, ao próprio mérito do processo penal. A decisão acerca da atipicidade implica a conclusão no sentido de não haver qualquer sanção a ser imposta em relação ao fato narrado, negando-se, desde logo, a condenação pleiteada. Daí, a escolha, da Lei nº 11.719/08, pela *absolvição sumária* prevista no atual art. 397, III, CPP, não se aplicando mais, então, o art. 43, CPP, revogado expressamente pela citada Lei (art. 3º).

Assim, nenhum outro órgão do Judiciário poderá rever aquela decisão, se já passada em julgado, diante da impossibilidade de se proceder a qualquer alteração na nova ação penal, no que diz respeito ao fato narrado.

Trata-se, portanto, de coisa julgada tipicamente material, de modo a impedir a reapreciação da matéria em todo e qualquer processo, presente ou futuro. A decisão será, pois, de mérito. Relembre-se (ver item 4.1.3), ainda mais uma vez, da decisão do Supremo Tribunal Federal admitindo a eficácia preclusiva de coisa julgada material à decisão de arquivamento de inquérito, por atipicidade, até mesmo quando absolutamente incompetente (violação ao juiz natural, portanto) o magistrado (HC nº 83.346/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 17.5.2005).

O mesmo ocorrerá em relação à decisão que, atendendo requerimento do Ministério Público, arquiva o inquérito com fundamento na extinção da punibilidade do delito, pela ocorrência da prescrição ou qualquer das outras causas previstas em lei. Embora não haja aqui apreciação do mérito, ou seja, embora, em regra, não se

examine a ocorrência efetiva do fato, nem se o réu seria realmente o seu autor, tal decisão estará solucionando a pretensão penal, no ponto em que afirma expressamente a ausência de interesse estatal na punibilidade do delito, ainda que acaso existente.

A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, do ponto de vista exclusivamente técnico, não andou bem, ao prever a *absolvição sumária* para as hipóteses de extinção da punibilidade.

Em primeiro lugar, é de se ver que *não se trata, à evidência, de absolvição*, mas de perda (ou renúncia ou qualquer coisa que o valha) da pretensão punitiva, por razões de exclusiva política criminal.

Em segundo lugar, observa-se que o novo art. 397, IV, CPP, não revogou o quanto previsto no art. 61 do mesmo CPP, cuja redação é a seguinte: "*Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício*."

Ora, problemas.

Sabe-se que para as decisões de *absolvição sumária* o recurso cabível é o de apelação (art. 416, CPP); no entanto, *não tendo havido revogação expressa do art. 581, VIII, CPP*, a aplicação do comando do art. 61, CPP, gerará uma indevida distinção de tratamento recursal.

Por isso, e ainda que não estejamos de acordo com a solução da absolvição sumária para os casos de extinção da punibilidade, pensamos ser preferível aderir à alteração, revisando o sentido da norma constante do art. 61, CPP, de tal maneira que a extinção da punibilidade, em qualquer situação e em qualquer tempo, seja objeto de absolvição sumária, submetida, sempre, ao recurso de apelação. Exceção feita, é claro, ao requerimento do Ministério Público, no sentido de arquivamento do inquérito em face da extinção da punibilidade. Aí, a decisão será de arquivamento, já que não se pode obrigar o *parquet* a oferecer denúncia por fato que reputa extinta a punibilidade. E nem se poderia absolver sumariamente em tal situação (requerimento de arquivamento). Absolver sumariamente de quê, se não haveria acusação???

É tempo de distinguir, mais uma vez, as questões preliminares e as questões de

mérito.

Questões preliminares seriam aquelas cujo conteúdo abarcaria matéria exclusivamente processual. Daí por que seria sempre possível a alteração no encaminhamento dessas questões em outro processo, de modo a viabilizar o conhecimento do mérito da pretensão punitiva.

Já o mérito da ação penal diz respeito ao conteúdo material da pretensão punitiva, é dizer: as razões pelas quais se espera a condenação do acusado e a correspondente aplicação das sanções penais. Fala-se em conteúdo material porque a matéria nele contida é de Direito Penal, e não processual. Seriam, pois, repetimos, as questões atinentes à existência de um fato (a chamada materialidade), a identificação de sua autoria, o juízo de valor ou de adequação jurídico-penal que se realiza sobre aquele fato, e, por fim, a sua punibilidade. Eis aqui, de modo conciso, uma visão do mérito da ação penal condenatória.

Importa, então, definir como se daria a imutabilidade da sentença absolutória em relação ao fato julgado. De outro modo: quais seriam os limites objetivos da coisa julgada penal?

Observa-se logo que, em relação aos limites subjetivos, nada mais há a dizer, porquanto, segundo dispositivo constitucional expresso, a pena não passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV), aplicando-se o que se convencionou chamar de princípio (e que denominamos regra) da *intranscendência* da ação penal. Já em relação aos autores, mereceria registro a participação do particular (ofendido) nas ações privadas (como querelante) e nas ações públicas (como assistente), dado que o Ministério Público, seja como autor, seja quando intervém como *custos legis* (em essência, ele é sempre *custos legis*) esgota a sua atuação no âmbito penal, no que respeita à execução da pena, somente atuando na instância civil, para fins de execução de decisão penal (art. 68, CPP), enquanto não estiver em funcionamento a Defensoria Pública local. Ver sobre o tema os estudos relativos à ação civil *ex delicto*.

Então, em relação ao ofendido, tanto a sentença penal condenatória quanto a absolutória poderão estender os seus efeitos a ele, independentemente de sua participação efetiva no processo (na ação pública), nos limites previstos em lei, tais

as hipóteses do art. 188, art. 935, arts. 927 e seguintes, todos do CC, e arts. 63 e seguintes do CPP. O mesmo ocorre em relação ao réu da ação penal, cuja coisa julgada poderá levar seus efeitos (da parte dispositiva e respectiva causa ou motivação [art. 386, CPP]) também para a instância civil, havendo a possibilidade, inclusive, de se impedir a reabertura de discussão sobre a matéria decidida na instância penal também para terceiros (responsáveis civis) quando determinadas questões estiverem decididas no juízo criminal (art. 188 e arts. 929, 930 e 935, CC).

A definição do fato julgado deve ser encontrada no próprio sistema processual penal, ou seja, no conjunto de normas do Código de Processo Penal, acrescidas das regras e princípios constitucionais implantados com a Carta da República. É importante ressaltar, ainda mais uma vez, a relevantíssima função desempenhada pelo sistema de garantias individuais trazidas com a Constituição de 1988, que está exigindo a releitura de nosso Código de Processo Penal. E não só da perspectiva da jurisdição penal, cuja meta é a aplicação do Direito Penal, mas sobretudo como instrumento de afirmação das garantias individuais em um Estado Democrático de Direito, cuja missão é, como já o afirmamos, o reequilíbrio da balança segurança pública x liberdade individual.

Conforme também já salientamos, a atividade estatal persecutória há de se desenvolver sob rígidos padrões de eficiência, diante do risco de afetação ao patrimônio moral de quem se achar submetido à acusação da prática de infração penal. Por isso, a imputação penal deve coincidir o mais completamente possível com a realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente realizados no tempo (daí falar-se em realidade histórica).

De fato, a reconstrução da realidade pela atividade probatória é tarefa das mais difíceis que se impõe ao processo penal. Não obstante, é absolutamente imprescindível, tendo em vista que ao Judiciário não se permite o *non liquet* (extinção da instância por ausência de comprovação dos fatos alegados), exigindo-se, ao contrário, uma decisão definitiva sobre os fatos levados à jurisdição.

A decisão absolutória, qualquer que seja a sua motivação ou causa (art. 386, CPP), haverá, portanto, de resolver definitivamente a questão penal, afastando a

possibilidade de nova discussão sobre o mesmo fato.

Feitas todas essas considerações, vamos encontrar nas disposições do art. 384 do CPP a explicitação legal, e expressa, da realidade histórica como conteúdo da coisa julgada penal. Na verdade, pensamos que semelhante conclusão poderia ser extraída de nosso sistema de garantias, estando contido em diversas normas de conteúdo principiológico.

O art. 384, ao permitir a *mutatio libelli*, autoriza o poder estatal a apreciar, mais uma vez, todo o material probatório disponível e, entendendo cabível, alterar a imputação feita inicialmente, com a inclusão de fato novo, a ser acrescido àqueles já descritos, podendo, excepcionalmente, haver modificação do fato implicitamente contido na denúncia. Repetindo exemplo já fornecido: do crime de furto, por exemplo, poder-se-ia apresentar, após a *mutatio*, o delito de apropriação indébita, mantendo-se, contudo, o núcleo da ação exercida sobre coisa certa e delimitada.

Exatamente por isso, acrescida à possibilidade de aditamento da denúncia pelo Ministério Público e pelo querelante (desde que ainda no prazo decadencial), a qualquer tempo e antes da fase decisória, impõe-se a conclusão de que o que faz coisa julgada no juízo criminal é o fato tal como *efetivamente realizado*, independentemente do acerto ou equívoco na sua imputação. Em outras palavras: a realidade histórica.

Ainda que o fato narrado na denúncia, sobre o qual se desenvolveu toda a atividade probatória, não se subsuma efetivamente àquele da realidade histórica, uma vez proferida a sentença definitiva nunca mais se poderá instaurar nova persecução penal sob o mesmo fundamento, ou seja, sobre o mesmo fato.

Mas para que isso ocorra é preciso distinguir: o que será objeto da decisão e sobre o qual se estenderão os efeitos da coisa julgada não é unicamente o núcleo central da conduta (ação ou omissão) imputada ao réu. A coisa julgada abarcará o núcleo, bem como quaisquer que tenham sido, na realidade, as suas circunstâncias e/ou circunstâncias elementares. Fala-se aqui em núcleo central com a finalidade de identificar o elemento comum nas diversas definições jurídicas passíveis de incidência sobre o mesmo fato da realidade. Por exemplo: quando se diz que alguém

teria subtraído a coisa de outrem pela prática do furto (art. 155, CP), a sentença absolutória então proferida impedirá a reabertura da discussão sobre o núcleo central da conduta, isto é, sobre ter havido alteração do domínio da coisa, aqui incluídas quaisquer outras ações eventualmente aptas a permitir a transferência da propriedade, tais como a violência e a grave ameaça, que poderiam caracterizar o roubo (art. 157).

Nem mesmo se poderia pensar em nova ação penal na qual se imputasse unicamente a prática da circunstância elementar integrante do tipo penal efetivamente ocorrido. No exemplo anterior, do furto (narrado) e do roubo (realizado), tal ocorreria se se pretendesse nova acusação pela prática de lesão corporal resultante da violência utilizada para a subtração da coisa.

O núcleo da conduta funcionaria, assim, como o dado da realidade efetivamente julgado. As suas circunstâncias e/ou circunstâncias elementares estariam cobertas pela coisa julgada como desdobramentos lógico-dedutivos do julgamento, ou seja, pela preclusão lógica dos demais fatos cuja ocorrência dependeria da existência do núcleo então julgado.

Antes de concluir nosso capítulo, convém relembrar quanto já se disse sobre a proibição de revisão (ou reforma) *pro societate* (em desfavor do réu).

A ação de revisão criminal, regulada nos arts. 621 e seguintes do CPP, e somente manejável pelo réu ou em seu favor, é plenamente justificada pelos compromissos humanitários que informam o Estado Democrático de Direito. Não há mesmo como se rejeitar, abstrata e peremptoriamente, a possibilidade de qualquer instrumento que se revele apto a demonstrar a inocência de um condenado.

Já a vedação da revisão em favor do Estado assenta-se sobre outros pressupostos, ligados à necessidade de controle da atividade estatal persecutória e à necessidade de segurança jurídica, individual e coletiva, conforme já tivemos oportunidade de mencionar.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, já aqui mencionada, na abordagem relativa aos princípios fundamentais do processo penal (Capítulo 3), no sentido de se permitir a revisão da decisão extintiva da punibilidade, fundada em certidão falsa de óbito, pode ser perfeitamente explicada nos termos da fundamentação que

expendemos acerca do princípio da proibição da revisão *pro societate*.

É bem de ver, nesse passo, que a prova exigida em lei para a extinção da punibilidade em razão da morte do agente é unicamente a certidão de óbito. Não se exige que a defesa apresente prova de outra natureza, como seria o caso da apresentação do próprio cadáver, para comprovação, *in loco*, do falecimento.

Ora, se a certidão foi criminosamente falsificada pelo interessado, não haveria razão alguma para não se admitir a revisão do julgado, pois:

a) não teria havido sentença absolutória, como se exige para a formação da coisa julgada penal e como dispõe expressamente o Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º);
b) não teria havido negligência, nem ausência de serviço que pudesse ser imputada ao Estado, como ocorreria, por exemplo, em ação penal no qual o acusado sequestrasse as testemunhas do crime, logrando obter, assim, a absolvição.

Posta assim a questão e não perdendo a perspectiva da missão constitucional da jurisdição, que é a aplicação das normas protetivas dos bens jurídicos mais caros à coletividade (papel que se espera do Direito Penal), parece-nos acertada a decisão da Suprema Corte, e também não encontramos nela qualquer sinal ou indício de uma tomada de posição em desfavor das garantias individuais constitucionais.

Uma última questão: e se, por um lapso estatal, ocorrer em processo distinto uma *segunda* condenação relativa ao mesmo fato, desrespeitando a coisa julgada na condenação anterior? Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido (HC 281.101/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, publicado em 24.11.2017) que prevalece a condenação mais favorável ao réu, seja a primeira ou a posterior.

Que a sentença original deve mesmo prevalecer, quando mais favorável, não há dúvida; afinal, como já visto, não se admite revisão *pro societate*, de modo que a segunda condenação jamais poderia agravar a situação do réu. Mas, mesmo quando é a condenação *mais recente* a mais benéfica, a solução adotada não merece reparos.

Se o instituto da Revisão Criminalpode ser utilizado para se obter o mesmo efeito, não vemos como impedir que um segundo processo (onde se analisam os fatos com muito mais profundidade do que naquela ação autônoma), *já encerrado*, não possa igualmente fazê-lo.

CAPÍTULO 14

Dos Procedimentos

14.1 Processo e procedimento

Até aqui cuidamos de questões ligadas ao conteúdo do processo penal, buscando identificar os sujeitos que nele atuam, a forma dos atos processuais e judiciais (portanto, das partes e do juiz), o controle de regularidade destes atos, as diversas modalidades de tutela e restrições aos direitos e garantias individuais e até mesmo as espécies de ações penais, bem como de algumas fases específicas da persecução penal.

É certo que a noção de ação, categoria jurídica que ao longo destes dois últimos séculos tem merecido a atenção cuidadosa da doutrina, não pode ser incluída no conteúdo do processo. Trata-se, ao contrário, de matéria cujo estudo deve anteceder a análise do processo, em razão de se referir a um fenômeno da realidade que é efetivamente distinto deste último. A ação diz respeito a um momento anterior à formação do processo, no qual se examinam as hipóteses em que seria possível, e sob quais circunstâncias, a provocação da jurisdição.

Já o processo seria exatamente o instrumento por meio do qual se manifesta a jurisdição, devendo, pois, ser encarado sob o prisma de sua finalidade: o provimento judicial final, com a solução da controvérsia e a concretização da atuação do Direito.

É nesse sentido que podemos afirmar que o processo seria o gênero, enquanto os diversos e diferentes procedimentos seriam as espécies.

Os procedimentos constituem, assim, a forma de desenvolvimento do processo, delimitando os caminhos a serem seguidos na apuração judicial do caso penal. Constituem, pois, o rito processual.

A ritualística, a que nos referimos já algumas vezes, será aqui tratada como a mera sequência de atos processuais, ordenadamente encadeados, vistos da perspectiva externa, sem qualquer preocupação com o seu destino.

É óbvio, porém, que cada modalidade de procedimento deve cumprir as exigências de bem permitirem a mais adequada atuação da jurisdição, levando sempre em consideração a natureza e a gravidade da infração penal. Em outras palavras, os procedimentos não podem perder a perspectiva do devido processo legal, instituído com o objetivo de garantir, o quanto possível, a realização da Justiça Penal, a começar, portanto, pela imposição de um processo justo e equitativo.

No entanto, no que se refere à finalidade e aos escopos da jurisdição, preferimos adotar a clássica concepção de processo, reservando ao procedimento um papel mais de operacionalização que propriamente de substância.

Diríamos, em conclusão, que a abordagem a ser aqui cumprida tem o processo como conteúdo e o procedimento como a sua embalagem, por assim dizer.

Não podemos deixar de registrar, entretanto, a doutrina de Elio Fazzalari, na Itália, seguida entre nós por Aroldo Plínio Gonçalves, com o seu *Técnica processual e teoria do processo* (1992), obra com a qual esse autor, aliás, obteve a cátedra de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerai (UFMG). A aludida doutrina altera profundamente a concepção anteriormente mencionada, propondo a inversão conceitual dos institutos do processo e do procedimento.

Para esses autores, e dizemos no plural porque a contribuição do ilustre professor mineiro foi muito além de uma análise meramente descritiva (de reprodução), o processo seria não o gênero, mas tão somente uma espécie de procedimento, cuja nota

característica e distintiva seria o fato de ser realizado em contraditório.

E, para além da riqueza da contribuição teórica, a adoção da teoria, segundo se observa no citado trabalho (*Técnica processual e teoria do processo*), apontaria também para consequências de alta relevância em nosso ordenamento positivo, no ponto em que permitiria a conclusão no sentido de ser perfeitamente possível aos Estados-membros a elaboração de seus Códigos de Processo, pela interpretação do quanto se acha disposto no art. 24, XI, da CF.

Todavia, e sem deixar de reconhecer os inúmeros méritos da teoria, preferimos seguir compreendendo o processo como o movimento de atos destinados à solução da questão penal, informado, pois, por essa finalidade, e a ser realizado por meio de procedimentos e ritos diferentes, dependendo da natureza do delito ou da respectiva apenação. Isso, na perspectiva *instrumental* do processo, que não apenas não é única como não é a mais importante. No ponto, ver nossas considerações alinhadas no Capítulo 5.

Observamos que, pelo menos em tema de processo penal, a ampla defesa, com a exigência de defesa efetiva, parece ser, mais que o contraditório, a sua nota mais característica, sobretudo da perspectiva da efetiva tutela dos direitos e garantias individuais.

E no que têm os procedimentos de pura forma, e essa será a tônica da abordagem, a matéria não oferece maiores dificuldades, bastando a leitura das formas legais para a compreensão dos ritos.

Entretanto, em determinados momentos, ou fases procedimentais, alguns atos processuais, sobretudo judiciais, haverão de merecer tratamento mais detalhado, diante da importância das consequências jurídicas que podem gerar. É o caso, por exemplo, das decisões de pronúncia, de desclassificação, de absolvição sumária, nos procedimentos do Tribunal do Júri, bem como de alguns institutos, trazidos com a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, como o da transação penal e o da suspensão condicional do processo.

Em relação a estes últimos, importa ainda observar que a Lei nº 10.259/01 trouxe a regulamentação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, subordinando-

se, porém, ao atual conceito de menor potencial ofensivo trazido no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 11.313/06.

Cumpre ainda salientar que, no processo penal, há procedimentos condenatórios, que são a regra, inseridos nas ações penais ditas condenatórias, e procedimentos não condenatórios, regulando ações autônomas, em que se cuida de pretensões não condenatórias, não punitivas, como é o caso da ação de *habeas corpus* (art. 647, CPP) e da ação de revisão criminal (art. 621, CPP).

Por fim, como é de rito que estaremos cuidando, seguiremos a ordem de disposição do Código de Processo Penal, escolhendo, porém, a abordagem daqueles que nos parecem mais relevantes, com o que incluiremos também procedimentos previstos na legislação não codificada.

E, antes, breves notas acerca do Decreto-lei nº 3.931/41, a antiquíssima Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

A aludida legislação não se presta mais a *introduzir* o processo penal brasileiro da Constituição de 1988 e nem mesmo o hoje tão modificado Código de Processo Penal, cujo conteúdo, ao menos desde 1977, com a Lei nº 6.416, e, sobretudo, a partir do início desta década, sofreu significativas modificações.

O citado Decreto-lei (nº 3.931/41) teve mais o escopo de servir como *disposições transitórias* que propriamente uma *lei de introdução*.

Mas o fato é que, em tema de procedimentos, ele tem disposição de grande utilidade, se não se quiser seguir a regra da aplicação imediata das normas processuais, com a ressalva dos atos já praticados. Diz ali o art. 6º que: "*as ações penais, em que já se tenha iniciado a produção de prova testemunhal, prosseguirão, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior*".

Exatamente em razão de seu caráter predominantemente *transitório* e não *geral*, deixamos de incluí-lo na pauta de interpretação das atuais regras do procedimento.

Sobre a questão de direito *intertemporal*, relativamente à mudança de ritos trazidas na Lei nº 11.689/08 (Tribunal do Júri) e na Lei nº 11.719/08, e, mais especificamente, sobre a modificação do interrogatório, realizado como último ato da

instrução, confira-se, ao propósito, decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que rejeitou a alegação de nulidade do processo por ausência de repetição de interrogatório já realizado (HC 104.555/ SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski *DJe* 15.10.2010).

E sobre essa importante questão, remetemos o leitor às observações que fizemos acerca das leis processuais penais no tempo e no espaço (item 2.3).

14.2 Procedimento comum

Nos termos do art. 394 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, o procedimento será comum ou especial. No procedimento comum, os ritos serão o *ordinário*, o *sumário* e o *sumaríssimo*, reservado este último às infrações de menor potencial ofensivo da Lei nº 9.099/95.

Dentre as mais importantes modificações então introduzidas nos ritos ordinário e sumário, alinhem-se (a) a inserção do interrogatório como meio de defesa, ao final da instrução, e (b) a apresentação de resposta escrita da defesa, no prazo de 10 (dez) dias após a sua citação.

Em relação ao Tribunal do Júri, de rito sabidamente especial, houve ressalva expressa (art. 394, § 3º, CPP) quanto à especialidade do tratamento procedimental, como, aliás, não poderia deixar de ser.

O atual art. 394, § 4º, CPP, afirma que os procedimentos previstos no art. 395, art. 396 e art. 397 (o art. 398, também mencionado, foi revogado!) serão aplicados a todos os processos de primeira instância, ressalvado, é claro, mesmo sem referência *expressa* na lei, o rito nos Juizados e no Tribunal do Júri, com regramento próprio.

Observe-se, aliás, que não há incompatibilidade entre as disposições do art. 394, § 2º, que ressalva os procedimentos especiais previstos em lei ou no próprio CPP, e aquelas do mesmo art. 394, § 4º, a determinar a aplicação das mencionadas fases do art. 395 ao art. 397, CPP (o art. 398 foi revogado), a todos os procedimentos de primeiro grau.

É que o aludido dispositivo (art. 394, § 4º) exige apenas que *todo procedimento*

passe a contemplar a resposta escrita (art. 396). Na realidade, o anteprojeto originário previa referida resposta *antes do recebimento da denúncia*, daí justificar-se a norma que remete a todos os procedimentos, comuns ou especiais (ressalvado o sumaríssimo e o do júri, com regras próprias).

Não há incompatibilidade, na medida em que se sabe que os procedimentos não se encerram naquela fase. É dizer, oferecida a resposta escrita, cada procedimento especial seguirá as suas regras, inclusive quanto à ordem do interrogatório, como ocorre em relação ao tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06).

E quais seriam as disposições ali mencionadas (art. 395, art. 396 e art. 397)?

a) possibilidade de rejeição imediata da denúncia ou queixa, por inépcia ou ausência de pressupostos processuais e/ou de condições da ação, incluindo a justa causa (art. 395, CPP);
b) recebimento da denúncia ou queixa e citação do réu para a apresentação de defesa escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 396, CPP);
c) absolvição sumária do acusado, fundada em atipicidade manifesta, excludentes de ilicitude e/ou de culpabilidade e extinção da punibilidade (art. 397, CPP).

Ora, evidentemente o rito dos Juizados é também procedimento de primeiro grau. Nada obstante, não se pode aceitar a necessidade de aplicação da regra do art. 396 do CPP àquele rito sumaríssimo. E assim é por absoluta incompatibilidade procedimental entre tais disposições (do art. 396, CPP) e o procedimento dos Juizados Criminais.

É claro que, nas hipóteses dos arts. 395 e 397, isto é, quando for o caso de rejeição liminar da peça acusatória ou de absolvição sumária, nenhum problema, até porque, em qualquer matéria processual penal, em se tratando de acusação já ajuizada, deve o juiz apreciar todas aquelas questões, e, assim, rejeitar a denúncia ou absolver sumariamente o acusado.

Contudo, não se pode exigir que se adote, também nos Juizados Especiais Criminais, a necessidade de defesa escrita, sobretudo porque o procedimento da Lei

nº 9.099/95 visa, prioritariamente, a conciliação entre as partes, pautando-se pela informalidade dos atos processuais (art. 65, Lei nº 9.099/95). Não vemos, portanto, *como* e nem *por que*, aplicar-se a regra do art. 396, CPP, aos Juizados Especiais Criminais, ainda que não se tenha feito ressalva expressa na norma do art. 394, CPP.

Basta ver que é o próprio art. 396, CPP, que se refere expressamente apenas aos procedimentos *ordinário* e *sumário*, não incluindo o *sumaríssimo* em seu texto.

Vejamos.

O rito será ordinário quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa da liberdade; será sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos. Será sumaríssimo o rito dos Juizados Especiais Criminais, examinado mais adiante.

E, salvo disposição em contrário no Código ou em lei especial, adotar-se-á o procedimento comum nos demais processos (art. 394, § 2º, CPP).

Acrescente-se, ainda, que com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 o simples oferecimento da denúncia já deve ultrapassar uma "barreira", qual seja a possibilidade de acordo de não persecução penal (sobre o instituto, remetemos o leitor ao item 5.5.2.1). Assim, em regra, a proposta de acordo deverá ocorrer em *todos* os delitos que se submetem ao rito sumário, com exceção daqueles cometidos com violência ou grave ameaça.

14.2.1 Procedimento ordinário

Eis o rito ordinário:

1) Oferecida a denúncia ou queixa, o juiz poderá rejeitá-la, liminarmente (art. 395 CPP), quando:
   a) for manifestamente inepta;
   b) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
   c) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Conduzimos o leitor, aqui, ao quanto se disse ao exame dos pressupostos processuais e das condições da ação (item 5.2 e item 5.3).

2) Não rejeitada a peça acusatória, deve o juiz recebê-la, determinando, em seguida, a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias (art. 396, CPP), se não for o caso de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95).

A Lei nº 12.483/11, modificando a Lei nº 9.807/99, dispõe sobre a prioridade na tramitação do inquérito policial e do processo criminal em que haja pessoas protegidas por aquela Lei (vítima, réu colaborador, testemunha, indiciado), bem como acerca da inquirição antecipada das aludidas pessoas após a citação do réu no processo (art. 19-A).

Eis um problema: deveria o juiz, após a realização da citação do(s) réu(s), determinar imediatamente a inquirição de tais pessoas (art. 19-A, parágrafo único, Lei nº 9.807/99), independentemente da resposta escrita dos acusados? Diz a lei que o juiz deverá *justificar a eventual impossibilidade de se colher antecipadamente tais depoimentos*, relativamente aos interesses da instrução criminal.

O problema *pode* não ser pequeno, embora, em princípio, as pessoas incluídas no Programa de Proteção da Lei nº 9.807/99 sejam as *vítimas* e/ou *testemunhas de acusação*, que já devem mesmo ser ouvidas antes das demais testemunhas.

Ocorre que, em relação ao *réu colaborador*, o seu depoimento – como acusado que é! – está previsto para a fase final do processo (interrogatório).

No entanto, como referida pessoa estaria agindo em *colaboração* com os órgãos persecutórios, atuando mais como *testemunha de acusação* que propriamente como *réu*, não vemos qualquer inconveniente em promover a antecipação de seu depoimento, desde que, é claro, mantido o contraditório.

De todo modo, pensamos que, apenas nas hipóteses de maior risco aos envolvidos no Programa de Proteção, risco este a ser aferido segundo a gravidade das infrações em apuração, a natureza dos delitos e a posição da pessoa protegida no contexto dos

autores e demais testemunhas, a regra deverá ser a apresentação da defesa escrita, *antes da antecipação dos depoimentos*.

É que, com isso, se preservariam tanto os interesses da acusação, que *não se anteciparia sobre parte relevante do material probatório* já por ocasião da resposta escrita (art. 396, CPP), quanto aqueles (interesses) da defesa, abrindo-se possibilidade ao juiz de examinar o eventual cabimento de *absolvição sumária* (art. 397, CPP), sem os transtornos da instrução. E que não se queira ler, aqui, na primeira afirmação, a defesa de qualquer *segredo* da acusação. Obviamente, jamais cometeríamos tamanho despautério! A defesa sempre terá oportunidade de confrontar, *por escrito, por documentos, por testemunhas* e por quaisquer outros meios de prova, o conjunto de elementos trazidos pela acusação.

E quanto ao *recebimento* da acusação?

De tão simples o texto e a *história* de sua produção, sequer mereceria menção a tese – rechaçada por todos os cantos! – de *duplo recebimento* da denúncia (art. 396 e art. 399, CPP). Mas, em homenagem aos seus ilustres autores, deixamos uma palavra.

Não há no texto constitucional qualquer exigência de exercício de ampla defesa *antes da ação penal*. Aliás, como vimos no exame do *sistema acusatório*, a característica essencial desse sistema processual, ao lado da atribuição a órgãos diferentes das funções de acusar e de julgar, é o início da fase *processual* a partir justamente do ingresso da jurisdição após o oferecimento da peça acusatória. Nada impede, portanto, que se ouça a defesa antes do recebimento da acusação. No entanto, *nada há que obrigue o legislador a assim se conduzir*.

E o que houve foi exatamente isso.

A redação original do anteprojeto que culminou na Lei nº 11.719/08 tratava a matéria de modo diferente. Previa que o recebimento da denúncia somente se daria após a apresentação da resposta escrita.

No entanto, o legislador brasileiro assim não quis. Preferiu manter a regra do recebimento prévio. Não seguiu o melhor caminho, como até nos parece, mas prerrogativa constitucional para fazê-lo ele tinha. E fê-lo, para usar a linguagem então

escolhida: “o juiz... *recebê-la-á* e ordenará a citação do acusado...”, com todas as letras!

Não há de causar perplexidade a expressão *recebida a denúncia...* constante do art. 399, do CPP. Ali, cuida-se apenas de retomar o discurso procedimental para afirmar que, não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397, CPP), o juiz designaria a audiência de instrução. Nada mais. É nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça: STJ – HC 138.089-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, março de 2010.

Se houver proposta de suspensão condicional do processo, deverá o juiz ouvir o acusado, e, aceita aquela (proposta), receber a peça acusatória, suspendendo o curso do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Se não houver proposta, mas entender o juiz cabível a aplicação do citado art. 89, deverá valer-se do disposto no art. 28, CPP, ou art. 62, LC nº 75/93 (no âmbito do Ministério Público Federal) segundo a jurisprudência do STF (Súmula 696).

Antes de prosseguirmos, impõe-se uma observação.

Embora a *absolvição sumária* esteja prevista como fase seguinte à apresentação da resposta (art. 396 e art. 396-A, incluindo a citação, por óbvio), nada impede que o juiz inverta a cronologia legal e, desde logo, *absolva sumariamente* o acusado, com fundamento em algumas das hipóteses do art. 397, CPP. Exigir-se a citação e posterior apresentação de resposta escrita, a demandar esforços de variadas ordens por parte do réu (despesas com advogado, inquietação com a demanda etc.), não consagrará o contraditório e a ampla defesa. Obviamente, tais princípios são irrenunciáveis. E para isso, basta que, havendo recurso da acusação contra a decisão de absolvição sumária, se notifique o réu para se opor à impugnação. Nos termos, aliás, da Súmula 707 da Suprema Corte: “*Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação do defensor dativo*.” Basta, então, que, à absolvição sumária, sem citação do réu, se dê o mesmo tratamento dispensado à decisão de rejeição da denúncia.

Seguindo.

Nos termos do parágrafo único do citado dispositivo, 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.

Observe-se que o réu não é mais citado para comparecer em juízo (como era antes da Lei nº 11.719/08), mas, sim, para a apresentação de resposta escrita, seja pessoalmente, seja por edital o ato citatório.

Uma vez citado o réu por edital, o processo será suspenso, e bem assim o curso do prazo prescricional, nos exatos termos do art. 366 do CPP, não revogado pela atual legislação, por força de veto presidencial à modificação proposta pelo Congresso Nacional. Essa questão da vigência e validade do art. 366 já foi examinada por ocasião dos estudos relativos às citações e intimações (item 12.1), ao qual remetemos o leitor.

Assim, não apresentada a defesa, o juiz deverá aplicar o citado art. 366 do CPP. Evidentemente se, a partir daí, o acusado nomear defensor ou mesmo apresentar-se ao Juízo, dar-se-á prosseguimento ao processo, com reabertura do prazo para a defesa escrita.

Registre-se, então, a possível aplicação da norma constante do art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.613/98 (crimes de lavagem de bens, valores e dinheiro), com redação dada pela Lei nº 12.683/12, que veda a aplicação do art. 366 no procedimento de apuração daqueles delitos. No ponto, reiteramos as observações que lançamos no item 12.1.4, *a*.

Adiante.

Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares, oferecer documentos e justificações, especificar provas e arrolar testemunhas. As exceções (art. 95, CPP) serão autuadas em apartado, conforme previsto no art. 111 do CPP.

Silente o acusado, isto é, não tendo ele apresentado resposta escrita, deverá o juiz nomear-lhe defensor para a prática do ato (art. 396-A, § 2º, CPP). Quanto a esse ponto, vale repetir: toda a matéria alinhada no Código de Processo Penal como *exceções* (arts. 95 e seguintes, e também as *incompatibilidades*, art. 112) poderão

constar da resposta escrita e não em separado. O objetivo da separação é permitir o prosseguimento do processo, independentemente da matéria contida na exceção. Assim, o que deve ser observado é a regra do art. 111, CPP. Se a exceção é aceita pela parte contrária, o processo será paralisado.

A fase do art. 396 não pode ser entendida como mera faculdade, a depender da estratégia defensiva.

É que há ali alguns *ônus temporais* impostos à defesa, sob pena de preclusão (para o réu!). É o que ocorre com determinadas matérias, de que é exemplo a exceção de incompetência *relativa* (a de natureza *absoluta* pode ser reconhecida a qualquer tempo!) e com a prova testemunhal. Deve o réu, na resposta escrita, apresentar o seu rol (relação de testemunhas). E, também, o requerimento de prova pericial.

A prova documental, em princípio, poderá ser produzida a qualquer tempo (art. 231, CPP), com as ressalvas temporais do Tribunal do Júri (art. 479, CPP).

A defesa escrita, portanto, cumpre importantes funções, a saber: a fixação de prazo para o oferecimento do rol de testemunhas e o requerimento de prova pericial para o réu, além da apresentação das exceções (art. 95, CPP).

Na verdade, quase todas as exceções poderão ser *conhecidas* pelo juiz depois da fase de resposta escrita, ainda quando não alegadas pela defesa. De fato, a *coisa julgada* e a *litispendência* (art. 95, III e V, CPP), por exemplo, podem perturbar a atuação jurisdicional, cumprindo ao juiz, que delas tenha conhecimento, esclarecer a eventual incidência. A ilegitimidade de parte, evidentemente, *não preclui*, podendo ser reconhecida a qualquer tempo! Se a ação era privativa do Ministério Público, ruirá eventual condenação passada em julgado se promovida a ação pelo querelante. Apenas a incompetência relativa preclui *para a defesa*.

É que tais exceções cuidam de questões verdadeiramente prejudiciais ao exame do mérito. Prejudiciais não no sentido das conhecidas questões prejudiciais previstas nos arts. 90 e seguintes do CPP, mas no sentido de solucionarem, quando apreciadas, toda a matéria contida na ação penal.

É nessa fase, de resposta escrita, portanto, que se dará início ao processo

realizado em contraditório, com a abertura para o exercício da ampla defesa. Assim, questões ainda não apreciadas em profundidade pelo juiz, por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, poderão (e algumas deverão), desde logo, ser enfrentadas, como é o caso das hipóteses mencionadas no art. 397, CPP (atipicidade manifesta, excludentes de ilicitude e de culpabilidade, causas de extinção da punibilidade).

*Nesse sentido, de obrigatoriedade da apreciação das teses elencadas nessa oportunidade defensiva, há jurisprudência do STJ (*RHC 46.127/MG, Rel. Min Maria Thereza de Assis Moura, 25.02.2015*)*.

Seguindo: o número máximo de testemunhas no procedimento ordinário é de (8) oito. No sumário, será de 5 (cinco). No Tribunal do Júri, será de 8 (oito) na primeira fase, e de 5 (cinco) em plenário. Nos termos do art. 401, § 1º, CPP, não se incluem no rol de testemunhas as pessoas que não prestam compromissos (art. 208, CPP), as que nada souberem sobre os fatos (art. 209, § 2º, CPP) e as chamadas testemunhas *referidas* (mencionadas por outras, em audiência).

Eis, então, um dilema.

É que, como o interrogatório do réu é o último ato da instrução, como se fará a defesa escrita do réu preso, quando pobre? A não ser que a Defensoria Pública instale um escritório de plantão em presídios e delegacias, a defesa escrita, nessas situações, se limitará a discutir questões de direito e não questões de fato. Até mesmo a elaboração do rol de testemunhas estará comprometida, na medida em que a ausência de contato entre o defensor e o acusado impedirá uma contribuição mais efetiva. É por isso que sustentamos que o juiz deverá determinar, de ofício, a inquirição das pessoas apontadas pelo acusado por ocasião do interrogatório (art. 189, CPP). Ver item 9.1.2.

Uma indagação: Suponha-se a hipótese em que o juiz se convença, após a defesa escrita (art. 396, CPP), da ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais. O que fazer? O que fazer se a denúncia já foi recebida?

Pensamos que a matéria pode e deve ser resolvida desde logo. E pela mesma via: a do reconhecimento, de ofício, da nulidade do ato processual no qual se recebeu a denúncia. E tal será perfeitamente possível e cabível, pois o juiz, em nosso sistema de nulidades, tem poderes para reconhecer até mesmo o vício passível de nulidade

relativa, como demonstraremos (Capítulo 15). Assim, e porque se cuidaria de matéria cujo interesse ultrapassaria, de longe, o campo de exclusividade das partes, revelando verdadeiro interesse público do devido processo legal, o juiz deveria anular de ofício o ato de recebimento da denúncia, com fundamento no art. 564, IV, c/c art. 41, e todos do CPP.

Feito isso, estaria ele inteiramente livre para proferir nova decisão sobre a peça acusatória, para o fim de poder rejeitá-la, à conta de ausência de pressupostos (ou, mais adequadamente, requisitos) processuais, por exemplo (coisa julgada ou litispendência), ou com fundamento na ausência de condição da ação.

Embora o caminho aqui apontado possa parecer uma verdadeira engenharia procedimental, não há dúvidas de que ele oferece muitas e maiores vantagens que o seguimento do curso normal do processo, com a realização, inevitável, da fase instrutória, para, somente na fase da sentença, reconhecer-se a ausência de pressupostos processuais ou das condições da ação. Nesse sentido, há que se aplaudir recente decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, que segue na mesma direção de nosso entendimento. STJ – Resp 1.318.180-DF, Rel. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16.5.2013.

3) Oferecida a resposta escrita, o juiz absolverá sumariamente o réu quando verificar:
   a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
   b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (que é caso de absolvição imprópria, com aplicação de medida de segurança);
   c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
   d) extinta a punibilidade.

Como se vê, a atipicidade manifesta e a extinção da punibilidade, que, antes, eram fundamento para a rejeição da peça acusatória, atualmente são causas de absolvição. Na hipótese de atipicidade, a opção legislativa é inteiramente correta, já que se cuida, efetivamente, de decisão sobre o mérito da causa.

Já a decisão acerca da extinção da punibilidade nada tem a ver com absolvição, rigorosamente falando, ainda que os efeitos de ambas sejam aproximados. A única justificativa para o tratamento dado à matéria, como hipótese de absolvição sumária,

segundo nos parece, diz respeito a determinadas e específicas decisões dos tribunais, que, ao invés de apreciarem os recursos contra decisão condenatória, preferem reconhecer, em preliminar, alguma das causas extintivas da punibilidade, sem analisar as razões de possível absolvição. Fora daí, não vemos como justificar a medida, o que não impede de cumpri-la.

Também a Lei nº 9.099/95, art. 89, § 5º, que cuida da extinção da punibilidade pelo cumprimento das condições ajustadas em proposta do Ministério Público para a suspensão condicional do processo, se aplicará à regra da absolvição sumária, com o objetivo de dar uniformização à matéria.

Já as demais hipóteses, excludentes de ilicitude e/ou culpabilidade, dificilmente podem ser reconhecidas antes da instrução criminal, o que impede a reserva legal de sua ocorrência.

4) Não sendo o caso de absolvição sumária, o juiz, no prazo de 60 (sessenta) dias, designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação das partes, do defensor, e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399, art. 400, CPP).

Sustenta-se em alguns setores da doutrina que deveria o juiz *fundamentar* a *não absolvição sumária*. Pensamos não ser a hipótese, ao menos no que diz respeito a uma suposta exigência de *ampla fundamentação*. O juízo, segundo nos parece, deve ser *delibativo* (superficial), a fim de se evitar *antecipações definitivas* acerca do posicionamento do magistrado em relação às questões de direito. Deve ele, por exemplo, havendo alegação de causa extintiva da punibilidade, se limitar a apontar a sua inexistência, por simples referência aritmética, se e quando alega a prescrição. Do mesmo modo deve proceder em relação à arguição de *atipicidade*, evitando maiores apreciações dos fatos. A nosso juízo, o pronunciamento decisório do juiz nessa fase deve ter a mesma extensão e profundidade da decisão de *pronúncia*, guardadas as distinções quanto ao respectivo conteúdo. Assim também pareceu à Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: STJ – HC 138.089-SC, 5ª Turma, Re Min. Félix Fischer, outubro de 2010.

Seguindo.

Ainda que a redação do art. 399, CPP, trazida pela Lei nº 11.719/08, não tenha cuidado da exigência de intimação do ofendido para a audiência de instrução, outra legislação, a de nº 11.690/08, já havia promovido a alteração do art. 201, CPP, determinando a comunicação de determinados atos processuais ao ofendido, dentre os quais se encontra a intimação para a audiência.

Em se tratando de réu preso, o acusado deverá ser requisitado, o que não dispensará a sua citação, como já vimos ao exame do respectivo (item 12.1.2), afinal, não é porque ele está preso que não tem o direito de saber, antes da instrução, do que está sendo acusado.

Registre-se a superveniência da Lei nº 11.900/09, a prever o interrogatório por meio de videoconferência em determinadas hipóteses, além da realização do aludido ato processual (interrogatório) em sala própria no estabelecimento prisional. As consequências desta Lei já foram examinadas no item 9.2.1.3, para onde remetemos o leitor.

Observa-se, então, que, embora não haja disposição expressa nesse sentido, essa é a fase que deve ser reservada a um *saneamento liminar* do processo, no qual se resolvem algumas questões antecedentes à audiência de instrução e julgamento, e, sobretudo, aquelas que veiculam matéria submetida à preclusão.

Devem ser resolvidas, ali, as exceções eventualmente opostas com a resposta escrita, como é o caso, por exemplo, da exceção de incompetência do juízo. Nesse ponto, como já antecipamos, deve-se salientar que, ainda que se reconheça ao juiz a possibilidade de reconhecimento, de ofício, de sua incompetência relativa (art. 109, CPP), isto é, sem a provocação das partes, impõe-se que aludida decisão seja proferida até antes do início da fase de instrução, a fim de se preservar o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz que presidir a instrução deverá sentenciar a causa.

É esse também o caso da decisão de desentranhamento da prova ilícita, que, nos termos do art. 157, § 3º, CPP, estará sujeita à preclusão, sem, contudo, se explicitar

em que momento se daria a aludida decisão. Obviamente, estamos nos referindo à prova produzida *antes* da audiência de instrução e julgamento; se produzida *no curso* dela, a impugnação terá que ser feita no recurso de apelação. No primeiro caso, de decisão do desentranhamento antes da audiência, o recurso cabível será aquele do art. 581, CPP, em sentido estrito, por analogia; no segundo, o de apelação.

Também questões relativas às provas a serem produzidas deverão ser resolvidas ali, estejam ou não submetidas à preclusão, como é o caso, por exemplo, de eventual substituição de testemunhas não encontradas, e desde que haja tempo para a realização do ato.

Note-se que a aludida legislação (Lei nº 11.719/08) não manteve a redação do art. 405, que permitia a substituição de testemunhas não encontradas. Nada obstante, não havendo prejuízo para a realização da audiência, isto é, havendo tempo para a intimação de nova testemunha, não vemos razão alguma em trancar-se a porta para a produção de tão importante meio de prova.

Do mesmo modo, pensamos que é nesse ato que o juiz determinará a inquirição de testemunhas por meio de carta precatória.

E, aqui, há que se ter cautela.

Como o princípio do contraditório exige que as testemunhas arroladas pela defesa sejam ouvidas *depois* daquelas arroladas pela acusação, não se poderá permitir a inquirição das primeiras (da defesa), via precatória, antes da realização da audiência de instrução, se houver testemunhas da acusação a serem ouvidas no referido ato. É dizer: como as testemunhas por precatória não participam da audiência de instrução concentrada na sede do Juízo, somente aquelas arroladas pela acusação poderão ser inquiridas antes da realização do referido ato processual instrutório (art. 400 e art. 531, CPP). As outras, arroladas pela defesa, deverão ser ouvidas, por precatória, somente após a audiência, *se e desde que*, repita-se, houver prova a ser ali produzida pela acusação. Aplicar-se-ia, se necessário fosse, e, por analogia, o contido no art. 536, CPP.

Anote-se, contudo, que tais problemas não existirão se aplicado o disposto no art. 222, § 3º, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.900/09, que permite a realização da

inquirição das testemunhas ouvidas por precatória por meio de videoconferência. Assim, nada impede que a inquirição delas (testemunhas) seja feita ao mesmo tempo (tempo real) em que se realizar, no juízo deprecante, a audiência de instrução, interrogatório e julgamento. De se observar, apenas, que o juiz deverá designar defensores nos dois locais (juízo deprecante e juízo deprecado), em atenção ao princípio da ampla defesa. E, mais. Deverá ser observado o prazo de 10 (dez) dias de antecedência da data da realização da audiência, aplicando-se, por analogia, o art. 185, § 3º, CPP.

De outro lado, não é raro o próprio acusado requerer o seu interrogatório no local onde mora, em razão de eventual dificuldade de locomoção à sede do Juízo da causa.

A nosso aviso, nada impede que assim continuem as coisas, desde que se trate, evidentemente, de requerimento da defesa. É que, em tais circunstâncias, o réu não participará da audiência de instrução concentrada, o que, eventualmente e em tese, poderia diminuir a eficácia da intervenção da defesa técnica na produção das provas em audiência. Mas, como a presença do acusado em interrogatório – e também em audiência –, como regra, não é obrigatória (ressalvadas, então, as hipóteses em que seja necessária a sua identificação física, por exemplo), o indeferimento da realização do interrogatório por meio de carta precatória seria ainda mais prejudicial aos interesses defensivos.

Naturalmente, embora sem previsão expressa em lei, nada impediria o interrogatório pela mesma via da videoconferência, se desse modo tiver que se realizar a inquirição das testemunhas ouvidas por precatória. Para as testemunhas, por precatória, há previsão expressa (art. 222, § 3º, CPP). Para o interrogatório, a Lei se refere tão somente ao réu preso (art. 185, § 2º e § 4º, CPP). Nada obstante, se assim o requerer o acusado, não vemos qualquer inconveniente na medida.

E, mais. Parece-nos, ainda, que também nessa fase se poderá admitir ou não a indicação de assistentes técnicos para apreciação da perícia oficial, bem como dos esclarecimentos a serem prestados em audiência (art. 159, § 4º e § 5º, CPP), se já apresentado o requerimento. Na realidade, não se exige que as partes indiquem assistentes periciais e requeiram os esclarecimentos técnicos em audiência por

ocasião da defesa escrita (o que, aí sim, obrigaria a realização do exame judicial dos requerimentos nessa fase do art. 399, CPP). Ao contrário, diz a lei que tais providências devem ser requeridas com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência (da audiência), segundo o disposto nos citados dispositivos legais (art. 159, § 4º e § 5º, CPP). A partir daí, sim, haverá preclusão.

5) A audiência de instrução e julgamento.

Antes do exame específico e detalhado dos trabalhos e da produção da prova na audiência de instrução e julgamento, voltemos à questão da atuação do juiz em relação à inquirição das testemunhas e do interrogatório do acusado. Já tivemos oportunidade de tratar do tema por ocasião dos estudos relativos ao interrogatório e à prova testemunhal.

Trata-se do seguinte.

O art. 212 e seu parágrafo único do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, preveem que a inquirição das testemunhas será feita diretamente pelas partes e não mais por intermédio do juiz, que, ao final, querendo, poderá complementar o aludido ato instrutório (e foi justamente com base neste dispositivo que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *nulidade* da inquirição de testemunhas feita diretamente pela magistrada, no HC 161658/SP, Rel. Min. Marco Aurélio assentando que a simples abertura às partes de oportunidade para fazerem questionamentos e colocações em relação aos depoimentos prestados não é suficiente para afastar a regra do art. 212).

Já a tomada do interrogatório do réu não recebeu modificação alguma, prevendo-se, ali (art. 188, CPP), que o juiz iniciará a inquirição, permitindo, ao final, a intervenção das partes.

Para piorar, no plenário do Tribunal do Júri, haverá inversão também: o Juiz-Presidente inicia a inquirição das testemunhas (art. 473, CPP), seguindo-se-lhe as partes. Quanto ao interrogatório, sequer se prevê a intervenção judicial (art. 474, CPP).

Por isso, remetemos o leitor às considerações que sobre o tema lançamos ao

exame do item 9.2.1, *retro*.

Sigamos.

A Lei nº 11.719/08 teve o propósito de *acelerar* a tramitação dos processos criminais. Assim, a primeira providência nesse sentido foi a concentração dos atos instrutórios em uma única audiência, na qual se ouviriam o ofendido, as testemunhas (de acusação e de defesa), peritos, assistentes técnicos (quando admitido – art. 159, § 5º, II, CPP), encerrando-se com o interrogatório do acusado. Naturalmente acareações e outras diligências de igual natureza (reconhecimento de pessoas, por exemplo) também seriam realizadas naquela assentada (art. 400, CPP).

E, mais. Também atos tipicamente *postulatórios*, caso das alegações finais (orais, como regra), e *decisórios*, como a sentença, foram reservados para a citada audiência una.

Em tese, não há como não aplaudir.

A nossa realidade, contudo, tem revelado as inúmeras dificuldades de se cumprir tais metas. Ausência de testemunhas, necessidades outras de adiamento, enfim, uma série de percalços processuais perturbam a instrução *una* e concentrada.

A previsão de alegações finais (sustentadas) e de sentença (proferidas) orais em audiência segue a mesma trilha: do reconhecimento de seus méritos, ao lado da desconfiança quanto à sua aplicabilidade prática. O processo penal não pode ser tratado como o processo civil, ao menos em relação à criminalidade não incluída entre aquelas de menor potencial ofensivo.

Com efeito, as alegações finais no processo penal ocupam posição do mais alto relevo na estrutura do devido processo legal, particularmente no âmbito do contraditório, mas, sobretudo e especialmente, no da ampla defesa. Na maioria esmagadora dos casos, não se discutem ali questões unicamente de direito. Ao contrário, toda a instrução criminal é examinada unicamente naquele momento, incluindo aquelas objeto de provas técnicas. Mesmo as questões *de direito* guardam também a complexidade inerente à dogmática penal, exigindo acurado exame acerca da culpabilidade e dos pressupostos de punibilidade, o que faz com que cada caso,

ainda que idêntico o fato, seja analisado com lente individualizada.

É nessa fase, em regra, e por exemplo, que se devem arguir as nulidades relativas (art. 571, I, II e VI), ou seja, aquelas em que o prejuízo deve ser alegado e demonstrado. As nulidades relativas, como veremos, submetem-se a prazo preclusivo.

A fase das alegações finais é também essencial, particularmente, para a defesa, já que é ali que se expõem, mais profunda e amplamente, as diversas e possíveis argumentações em torno do direito aplicável, bem como se faz o confronto entre o material probatório produzido pela acusação e aquele produzido pela defesa, e/ou em que se busca infirmar o valor probatório das provas realizadas pela acusação na fase de instrução. Por isso, a falta de oportunidade para o oferecimento das alegações finais é passível de nulidade absoluta, conforme se reconhece, sem divergência, na doutrina e na jurisprudência (STF – HC nº 80.251, Rel. Min. Nelson Jobim, em 29.8.2000).

E, ainda, STF – HC nº 94168, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 5.8.2008, *DJe*-177 Divulg. 18.9.2008 Public. 19.9.2008 Ement. Vol. 02333-02 p. 00431.

Nesse ponto, aliás, reclamaria aplicação a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, "*no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*", ainda que merecedora de críticas pela inconsistência de sua aplicação prática.

Prejuízo a ser demonstrado *quando*? Indagaríamos.

A resposta é simples: por ocasião das alegações finais.

E, para piorar o diagnóstico de exame da citada súmula, prosseguiríamos: e *por quem*?

A resposta, também simples, mas quase perversa: pelo próprio defensor, exatamente o responsável pela *deficiência* da defesa! Ora, se os atos instrutórios se realizarem concentradamente em uma única audiência (art. 400 e art. 531, CPP), a quem se imputaria a deficiência da defesa técnica?

Se a deficiência somente ocorresse por ocasião das alegações finais – existentes,

mas deficientes –, o vício até que poderia ser alegado por outro defensor, que, na fase do recurso, substituísse o anterior (art. 571, VII, CPP).

Sendo, no entanto, anterior à referida fase (de alegações finais), competiria ao responsável pela deficiência da defesa apontar, sustentar e tentar conjurar a ineficiência de sua atuação, o que, convenhamos, está acima das forças humanas do cotidiano.

O que deve ser buscado na interpretação da citada Súmula 523 – STF – para fins de facilitação de sua compreensão e de sua aplicação não diz respeito aos limites da deficiência na atuação do defensor, mas às especificidades de cada situação concreta, que deverá ser examinada *per se*.

De fato, parece paradoxal a possibilidade de edição de uma súmula de jurisprudência, cujo objetivo, em tese, é sempre a unificação de interpretações, para dizer exatamente o contrário, isto é, no sentido de que não há como unificar a interpretação naquelas e específicas situações.

Somente o exame de cada caso concreto poderá permitir a análise da atuação defensiva, com a necessária consideração das particularidades de cada recorte da realidade. Poderá ocorrer que a robustez da prova já colhida, relativamente à autoria, não permita que o defensor pleiteie a absolvição. E não se terá nulidade, se ele insistir no reconhecimento de atenuantes, de causas de diminuição ou em ponderações racionais e relevantes sobre a aplicação de pena mais branda. Defesa *efetiva* não é defesa *burocrática;* é o desenvolvimento das provas possíveis e das argumentações plausíveis.

Sobre a *necessidade* do oferecimento de alegações finais, sob pena de nulidade absoluta, seja por defensor constituído, seja por defensor dativo, remetemos o leitor ao item 10.5. Lá se alerta para possível modificação da jurisprudência da Suprema Corte, tendo a Primeira Turma do E. STF reconhecido a nulidade absoluta por ausência de alegações finais, independentemente de se tratar de defensor constituído (HC nº 94168, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 5.8.2008,*DJe*-177 Divulg. 18.9.2008 Public. 19.9.2008 Ement. Vol. 02333-02 p. 00431).

A questão central da apontada jurisprudência parece residir na preocupação com a

utilização de manobras por parte dos advogados constituídos pelos réus, com o objetivo único de ver reconhecida a nulidade da decisão, por ausência de alegações finais que eles mesmos, voluntariamente, teriam deixado de oferecer.

A exigência do oferecimento de alegações finais orais, em audiência, impõe ainda maiores cautelas em relação à ausência de alegações finais.

Não será surpresa se o defensor, por exemplo, se limitar a requerer a absolvição do acusado, por ausência ou insuficiência de provas, justificando sua conduta na complexidade da causa, seja em relação aos fatos, seja em relação ao direito. Semelhante comportamento pode até se justificar em determinadas situações, previstas, inclusive, no art. 403, § 3º, CPP. Mas, ainda que não se justifique, poderá a defesa valer-se dele, atento a uma possível nulidade do processo, ou seja, precisamente aquela estratégia vislumbrada na jurisprudência.

Não deve o juiz sentenciante permitir que o processo seja julgado sem a efetiva contribuição da defesa. Para que a defesa efetiva se realize, a nosso juízo, será indispensável o oferecimento *efetivo* das alegações finais. Essa necessidade é ainda mais evidente quando não tiver havido produção de prova por parte da defesa. Em tal situação, as alegações finais seriam a única via possível de resistência, ao menos para questionar a validade ou a suficiência das provas carreadas aos autos pela acusação. Ainda que não se exija o exame detalhado de todas as questões emergentes, há que se tocar na essência da imputação (questões de direito).

Então, vejamos: tratando-se de defensor dativo, isto é, dado pelo Estado, não há dúvidas quanto à necessidade de sua substituição, quando ausentes as alegações finais, ou insuficiente a sua participação no processo.

Mas acreditamos que a mesma solução deverá ocorrer na ausência ou manifesta insuficiência das alegações finais imputáveis a defensor constituído. Embora não se possa sustentar poder o juiz substituir o defensor constituído pelo acusado – porque é direito do réu escolher o seu advogado –, nada impede, e mesmo vários motivos o recomendam, que o juiz nomeie um defensor *ad hoc* unicamente para o oferecimento das alegações finais, adiando-se, é claro, a audiência de instrução e julgamento. Estariam assim satisfeitas as exigências da ampla defesa, cumprindo-se a necessidade

da defesa efetiva.

De volta ao procedimento formal da audiência, observa-se que o juiz poderá indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, § 1º, CPP).

Em tais situações, deve o juiz agir com a máxima cautela, até mesmo para evitar futuras nulidades no processo. A prova requerida, em regra, deve ser admitida, a não ser que, a exame simples e perfunctório, se vislumbre o seu caráter protelatório. Não é esse o caso, evidentemente, da inquirição de testemunhas por precatória em local distante do Juízo. Em tais situações, exigir-se que a parte esclareça tratar-se de testemunha arrolada para depor *sobre os fatos* ou apenas sobre o *comportamento e a reputação social* do réu nada teria de abusivo e nem de prejudicial à defesa.

De outra parte, em relação às testemunhas, tanto a acusação quanto a defesa podem validamente desistir dos depoimentos das pessoas por elas arroladas (art. 401, § 2º, CPP). Não há qualquer exigência legal em relação à concordância da parte *ex adversa*, para o caso de eventual desistência de testemunha. Por isso, havendo interesse no depoimento, a defesa deverá sempre arrolar a testemunha, ainda que também arrolada pela acusação, porque esta poderá daquela desistir.

Ainda sobre a prova testemunhal: na assentada da audiência, e após o depoimento de testemunhas arroladas pelas partes, outros nomes poderão ser mencionados por aquelas. São as chamadas testemunhas *referidas*, cabendo às partes requererem os respectivos depoimentos, já que (a) elas não se compreendem na limitação do número máximo de testemunhas arroláveis (art. 401, § 1º, CPP); (b) as partes poderão requerer novas diligências, quando fundadas nas provas produzidas em audiência (art. 402, CPP).

E sobre a iniciativa probatória do juiz, no âmbito da prova testemunhal, remetemos o leitor ao item 9.1.2, deixando, porém, assentado, que a Lei nº 11.719/08 reitera a aplicação do art. 209, CPP, que autoriza a inquirição de testemunhas *ex officio*, pelo juiz (art. 401, § 2º, CPP).

Note-se, ainda, que as diligências mencionadas no citado art. 402 não constituem

fase instrutória autônoma. Definitivamente não. As provas ali requeridas somente deverão ser aceitas quando comprovadas a sua necessidade e pertinência e somente quando se destinarem a esclarecer pontos e questões surgidas de fatos e circunstâncias apurados na instrução, nos exatos termos do mencionado dispositivo. Do mesmo modo que as previam a antiga e revogada redação do art. 499, do CPP.

Obviamente, as provas consideradas *novas*, isto é, cujo conhecimento e acesso somente foram possíveis após a fase de regular instrução, não se submetem a essa objeção, podendo, nessa oportunidade, ser requeridas e produzidas pelas partes. Não se pode opor a preclusão probatória senão aos atos *disponíveis*, ao tempo de sua produção; em relação aos *indisponíveis*, vige apenas em relação à acusação e após o trânsito em julgado.

Seguindo a audiência: não só as partes, acusação e defesa, incluindo o assistente de acusação, mas também o ofendido, ainda que não habilitado como assistente, poderão requerer a admissão de assistentes técnicos para a prova pericial, com a formulação de quesitos para esclarecimentos em audiência, consoante os termos do art. 159, § 3º, § 4º e § 5º, CPP.

Deverão requerer a inquirição do(s) perito(s) oficial(ais) para esclarecimentos da prova, bem como resposta à quesitação em laudo complementar, com antecedência mínima de 10 (dez) dias antes da audiência (art. 159, § 5º, I, CPP).

E, repita-se: no caso de prova testemunhal produzida por carta precatória, não se poderá admitir a sua juntada e nem a sua valoração, quando arrolada pela acusação e já ouvidas as testemunhas de defesa, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa. A não ser, evidentemente, que se reabra a fase instrutória, facultando-se à defesa a impugnação, por testemunha e via interrogatório, à mencionada prova (testemunhal) realizada por precatória.

Cumprida, então, a fase do art. 402, CPP, acusação e defesa terão 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), para apresentarem alegações finais orais, proferindo o juiz, a seguir, sentença (art. 403, CPP). A Lei n0 11.719/08 não deixa margem à dúvida, esclarecendo o óbvio: havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual (§ 1º, art. 403). Se houver

assistente de acusação já admitido, ele poderá falar após o Ministério Público, pelo prazo de 10 (dez) minutos, igualmente repassados à defesa (art. 403, § 2º).

Em duas situações, o Código de Processo Penal prevê, expressamente, a possibilidade de fracionamento dos atos postulatórios e decisórios da audiência.

A primeira (art. 404, CPP), no caso da realização de diligências imprescindíveis requeridas e admitidas com fundamento no art. 402, CPP; a segunda, quando o juiz reconhecer a complexidade da causa (questões de fato e de direito) ou o excessivo número de acusados (art. 403, § 3º, CPP).

Em ambas as hipóteses, a solução foi unificada: conceder-se-á o prazo de 5 (cinco) dias às partes para a apresentação de memoriais de alegações finais escritas, sentenciando o juiz no prazo de 10 (dez) dias (art. 403, § 3º, art. 404, parágrafo único, CPP). Havendo assistente de acusação, igual prazo será a ele concedido, renovando-se o da defesa. Não há previsão expressa nesse sentido. E nem seria preciso, em face da sistemática adotada em todo o Código de Processo Penal acerca da intervenção do assistente de acusação.

E mais.

Diz o art. 405, § 1º, CPP, que sempre que possível o registro dos atos processuais realizados em audiência será feito por estenotipia, gravação magnética, inclusive audiovisual, ou, enfim, qualquer tecnologia que permita um mais completo e fiel armazenamento das informações.

Por fim, o processo penal brasileiro, finalmente, contemplou o princípio da identidade física do juiz, dispondo o art. 399, § 2º, CPP, que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. No ponto, remetemos o leitor às considerações que fizemos ao exame da matéria (item 9.1, *b*).

14.2.2 Procedimento sumário

Ao lado do denominado *ordinário*, que acabamos de ver, o rito *sumário*, cabível para os crimes cuja pena (privativa da liberdade) máxima cominada seja inferior a quatro anos (art. 394, § 1º, II, CPP), completa o procedimento comum, ressalvada a

competência dos Juizados Especiais Criminais, para os quais o rito é sumaríssimo (art. 394, § 1º, III, CPP).

Nesse ponto, a Lei nº 11.719/08 comete uma imprecisão. Trata o rito sumaríssimo, aplicável apenas às infrações de menor potencial ofensivo, como se fosse procedimento comum. É dizer: o procedimento será comum ou especial, sendo que o primeiro, o comum, se subdividiria em *ordinário, sumário* e *sumaríssimo*, enquanto o segundo, o especial, seria o do Tribunal do Júri (arts. 406 a 497, CPP), bem como aqueles previstos, ou no próprio Código de Processo Penal ou em leis especiais (art. 394, § 2º, CPP).

Então, a menos que, no futuro, os Juizados Especiais Criminais sejam extintos, o rito sumaríssimo seguirá sendo reservado apenas àquela espécie de jurisdição, com o que parece equivocado dar tratamento conceitual unitário a procedimentos tão distintos, sendo que um deles (o sumaríssimo) mereceu até a instituição de um Juizado específico.

Mas vejamos qual seria a configuração do rito sumário, que, com o advento da Lei 13.964/19 e a possibilidade de acordo de não persecução penal, teve seu campo de aplicação consideravelmente reduzido (limitando-se, *em regra*, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, tais como "rixa" – art. 137 do CP – ou "lesão corporal leve" – art. 129 do CP).

1) Aplicação das regras dos arts. 395 a 397, CPP, por força do disposto no art. 394, § 4º, CPP, ou seja:
    a) hipóteses de rejeição da denúncia (art. 395, CPP);
    b) recebimento da denúncia ou queixa e citação do acusado para a apresentação de resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 396, CPP); e
    c) hipóteses de absolvição sumária (art. 397, CPP).

Todos os passos aqui referidos foram traçados e detalhados ao exame do rito ordinário, na sequência 1); 2) e 3), *retro*, incluindo a possibilidade ou necessidade de antecipação da inquirição de testemunhas ou vítimas daqueles que se encontrarem submetidos à proteção da Lei nº 9.807/99, com redação dada pela Lei nº 12.483/11,

bem como preferência na tramitação (art. 19-A). Ver item 14.2.1.

2) Designação de audiência de instrução e julgamento, no prazo de 30 (trinta) dias com intimação de todos (ofendido, partes, assistente de acusação, perito, assistentes técnicos – se houver requerimento anterior, quanto a estes últimos –, do mesmo modo que no rito ordinário), se não se extinguir o processo nas fases anteriores (rejeição da acusação e/ou absolvição sumária).
3) Audiência de instrução e julgamento:

Percebe-se, sem dificuldades, que o rito sumário é em tudo semelhante ao rito ordinário.

As diferenças seriam as seguintes:

a) no rito sumário, a audiência deve ser designada no prazo de 30 (trinta) dias, e não 60 (sessenta), como no rito ordinário (art. 531, CPP);
b) no rito sumário não se prevê a possibilidade de fracionamento das fases instrutória, postulatória (alegações finais) e decisória (sentença), não se lhe aplicando os arts. 402, 403 e 404, CPP, que cuidam, respectivamente, da possibilidade de requerimento e da admissão de diligências imprescindíveis, cuja necessidade tenha surgido na instrução; da apresentação de memorial de alegações finais escritas; e de sentença posteriormente à audiência.

Naturalmente, há previsão para os debates (art. 534, CPP).

Outra diferença: o número máximo de testemunhas a serem arroladas pelas partes é de 5 (cinco) e não 8 (oito), como no rito ordinário (art. 532, CPP).

De outro lado, embora não mencionado expressamente, ressalvou-se a aplicação subsidiária das disposições do rito ordinário (art. 394, § 5º, CPP).

Assim, perfeitamente cabível a aplicação do art. 401 (desistência de testemunhas, referência às testemunhas não computadas) e também do art. 405, relativamente à forma de registro dos atos processuais em audiência.

E, para nós, como não se pode aferir a complexidade de uma causa pela circunstância específica do tipo ou quantidade de sua apenação, em abstrato, como é o caso da distinção legal entre o rito (procedimento) ordinário (pena máxima igual ou superior a quatro anos) e sumário (pena abaixo de quatro anos), nada impedirá, na prática, a aplicação subsidiária também dos arts. 402 a 404, o que praticamente unificará o procedimento penal brasileiro, excetuados os procedimentos especiais e o procedimento do Tribunal do Júri.

Por isso, remetemos o leitor à análise do aludido rito ordinário, com os registros e problematizações que ali antecipamos.

Uma última observação.

No caso de encaminhamento de processos do rito sumaríssimo dos Juizados à Justiça comum, o que poderá ocorrer sempre que se fizerem presentes, por exemplo, as hipóteses previstas no art. 66, parágrafo único, e art. 77, § 2º, ambos da Lei nº 9.099/95, aplicar-se-á o rito sumário (art. 538, CPP).

14.3 Da suspensão do processo

Conforme já analisado, por ocasião do estudo das citações, a primeira hipótese de suspensão do processo, cabível, aliás, para quaisquer procedimentos (incluindo aquele do Tribunal do Júri), é aquela do art. 366 do CPP, segundo a qual, citado o réu por edital, não comparecendo ele ao interrogatório nem constituindo advogado, serão suspensos o processo e o prazo prescricional (ver item 12.1.1, *d*).

Outra hipótese de suspensão do processo seria no caso do chamado acordo de leniência firmado entre o CADE e pessoas físicas autoras de infrações contra a ordem econômica e/ ou infrações de natureza assemelhada ou conexa (Lei nº 8.666/93 e art. 288, CP), conforme o disposto no art. 87 da Lei nº 12.529/11. Ali, na verdade, o que se prevê é o não oferecimento de denúncia, com suspensão do prazo prescricional. No entanto, se o acordo de leniência for posterior à denúncia, pensamos ser o caso de suspensão do processo.

A seu turno, a Lei nº 9.099/95 inseriu (art. 89) também uma espécie de suspensão

do processo para crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, e desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, e, ainda, estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, o chamado *sursis* do art. 77 do CP.

Certamente por isso, parte da doutrina acostumou-se a se referir ao citado art. 89 da Lei nº 9.099/95 como a hipótese de *sursis* processual.

E a lembrança é mesmo pertinente, no tanto em que se revela verdadeiro juízo de proporcionalidade. Tratando-se de pena mínima igual ou inferior a um ano e, mais, de réu não condenado anteriormente, ou que não esteja sendo processado por outro crime (requisitos legais para o cabimento da suspensão), a pena final a ser imposta, se condenatória a decisão, provavelmente permitiria a aplicação do *sursis* do art. 77 do CP. Aliás, é mais provável que nestas condições *sequer haja denúncia*, considerando a possibilidade de acordo de persecução não penal (art. 28-A do CPP).

Com a vigência da Lei nº 11.313/06, o atual art. 61 da Lei nº 9.099/95, na linha do que já antecipava a Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu novo conceito de infração de menor potencialidade lesiva, aumentando a referência anterior (de um ano, conforme antiga redação do citado art. 61 da Lei nº 9.099/95) para dois anos de pena máxima prevista para o delito.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso ordinário em*habeas corpus*, em cuja ementa inicial explicitava-se a possibilidade de uma aplicação analógica da Lei nº 10.259/01 não só para a definição de menor potencialidade lesiva, mas também para a concessão de suspensão condicional do processo, veio, posteriormente, a acolher embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público e, concedendo efeitos infringentes do julgado, afirmou a impossibilidade de se utilizar o novo patamar de dois anos – menor potencialidade lesiva – para a suspensão condicional do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (EDcl no RHC nº 12.033/ MS, Rel. Mi Félix Fischer, em 10.3.2003).

Corretíssima a decisão, pois, ainda que o argumento seja significativamente ponderável, ao menos do ponto de visto lógico, o fato é que não se pode pretender

criar uma subordinação jurídica entre os institutos da transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95), cabível para infrações consideradas de menor potencial lesivo, e o instituto da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da mesma Lei (nº 9.099/95), cabível para a generalidade das infrações penais. A transação penal tem propósitos bem delimitados e insere-se como uma das mais importantes medidas descarcerizadoras do nosso ordenamento processual, ainda que com todas as críticas que lhe possam ser dirigidas. Por meio dela (transação penal), torna-se possível até mesmo a imposição de sanção penal, embora vedada, diante de suas peculiaridades (restritivas das garantias individuais), a pena privativa da liberdade.

De se ver, também, que, ainda que aplicada consensualmente uma sanção tipicamente penal, não se pode afirmar a culpa ou a responsabilidade penal daquele que transaciona, já que o modelo consensual há de transitar em via dupla: de um lado, permitindo a aplicação da lei penal; de outro, reconhecendo a ausência de qualquer condenação.

Já a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95) não apresenta, nem de longe, as mesmas características, sobretudo porque não se pode condicionar a sua aplicação a nenhuma imposição de sanção penal prevista em lei. As restrições de direitos a serem impostas ao réu durante a suspensão não configuram (e não podem configurar) aplicação de pena, quaisquer que sejam as atuais modalidades previstas na legislação penal brasileira.

No entanto, não foi assim que pareceu à 1ª Turma do STF, em acórdão relatado pela Eminente Ministra Rosa Weber (STF – HC nº 108.914/RS, *DJe* 1º.8.2012), na qual se decidiu pela validade de imposição de prestação de serviços ou de prestação pecuniária, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Entendimento manifestamente equivocado, segundo nos parece. Com ele ou por meio dele o que se fez foi verdadeiro *plea bargaining* (negociação da pena e do crime no direito estadunidense) e não suspensão condicional do processo.

A sua principal justificativa (da suspensão do processo) **seria** a reparação do dano, se possível, o que, por si só, de um lado, já relativizaria uma eventual qualificação exclusiva de sanção penal, e, de outro lado, atenderia aos interesses mais

pragmáticos da Justiça Penal, às voltas com uma incapacidade concreta de resolver suas deficiências em relação ao acúmulo de processos. Quanto ao mais, as restrições devem se localizar no comportamento social do agente, que, aliás, há de ser tratado como inocente, já que ausente qualquer condenação criminal.

De outro lado, merece registro, e aplausos, decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que entendeu cabível a suspensão condicional do processo quando, embora superior a um ano a pena privativa da liberdade, haja previsão também, na própria cominação de pena, *e como alternativa* à referida sanção, a pena de multa, caso típico do previsto no art. 7º da Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária). Em tal situação, há de se reconhecer que, por maior que seja a pena de multa, sempre será possível exigir, como condição da suspensão, a reparação do dano, com o que estaria satisfeita a proteção do bem jurídico (STF – HC nº 83.926/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, 7.8.2007).

Mais adiante, por ocasião dos estudos acerca dos Juizados Especiais Criminais, trataremos mais detalhadamente das implicações decorrentes da Lei nº 10.259/01, cujo objetivo, originário, era apenas a solução de problemas específicos da Justiça Federal, e também daquelas trazidas com a Lei nº 11.313/06, que, por assim dizer, unificou o tratamento dos Juizados Especiais.

Por ora, continuemos com algumas observações necessárias acerca da chamada suspensão condicional do processo.

Note-se, em primeiro lugar, que, tal como ocorre com o art. 77 do CP, não haverá paralisação total do processo, tendo em vista a imposição de determinadas restrições de direitos que é feita ao réu, a exigir dele determinados comportamentos para o cumprimento das obrigações judicialmente fixadas.

O que estará suspenso, pois, é o curso regular do processo. Uma vez suspenso o processo (art. 89, Lei nº 9.099/95), não se avançará para as fases subsequentes do procedimento, até que o réu seja submetido ao período de prova (art. 89, § 1º), isto é, ao cumprimento das obrigações assumidas para o fim da suspensão do processo.

Nos termos do citado art. 89, a suspensão do processo poderá ser proposta pelo Ministério Público, pelo prazo de dois a quatro anos, junto com o oferecimento da

denúncia, e desde que presentes os requisitos ali mencionados.

Não há qualquer problema no oferecimento da proposta de suspensão quando já estiver em curso a ação penal, desde que não esteja já sentenciada. Havendo já decisão definitiva, ainda que não passada em julgado, não poderá, obviamente, ser realizada a suspensão, por impossibilidade lógica, tanto em relação ao processo, já julgado, como em relação à própria existência da sentença. Ora, se o tribunal baixasse os autos para o fim de ser realizada a suspensão do processo, a sentença então proferida seria olimpicamente ignorada, como se fosse inexistente.

Assim, a menos que a sentença venha a ser anulada em grau de recurso, em razão de vício concretamente demonstrado, não há de se falar em suspensão de processo nesses casos.

Além disso, também não se poderia pensar ser possível ao tribunal impor a suspensão condicional do processo, com ou sem a intervenção do órgão do Ministério Público ali oficiante, sem a anulação da sentença já proferida, pois:

a) permaneceria ainda válida a sentença condenatória recorrida, cabendo ao tribunal substituir a referida decisão por outra, ou anulá-la, por vício de forma ou de conteúdo;
b) na primeira hipótese, de substituição da sentença (ou reforma dela), é de se nota que, se o objetivo do art. 89 da Lei nº 9.099/95 foi exatamente evitar o desperdício de atividade judicante presumidamente inútil (pois, ao final, se condenatória a decisão, seria cabível, em regra, o *sursis* do art. 77, CP), a reforma do julgado para impor a suspensão de um processo já julgado seria quase teratológica.

De ver-se que a lei não permitia a aplicação da suspensão do processo depois de encerrada a instrução (art. 90, Lei nº 9.099/95).

No entanto, no julgamento da ADI 1.719-9 e Resp 123.130/SP, o Supremo Tribunal Federal recusou validade ao aludido dispositivo legal (art. 90), aceitando a aplicação do art. 89 da mesma Lei nº 9.099/95. Decisão, a nosso sentir, equivocada:

o objetivo da norma (art. 90) era o de evitar o desperdício de atividade já desenvolvida.

O mesmo não deveria ocorrer, todavia, com processos *já sentenciados*. Aí, parece-nos manifestamente incabível a respectiva suspensão. Não parece ser esse o entendimento da Suprema Corte, a se levar ao pé da letra as decisões antes mencionadas.

E no caso de divergência entre o juiz e o *parquet*, quanto à proposta de suspensão do processo aceita pelo acusado, *quid iures?*

Ora, como o juiz brasileiro pode exercer controle quanto à legalidade dos atos *postulatórios* do Ministério Público, a única solução possível é valer-se o magistrado do art. 28 do CPP, tratando a questão como hipótese de *não oferecimento de ato postulatório que lhe competia*. Há sobre a matéria jurisprudência consolidada na Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal.

E quando houver desclassificação (na fase de sentença) da infração inicialmente imputada para outra para a qual seja cabível a suspensão do processo?

Em tais situações, se e quando da alteração da classificação puder resultar infração cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano, nada obstaria a aplicação do citado art. 89, seja em desclassificação que resulte modificação de competência, seja em desclassificação na qual se mantenha a competência do juiz que a promoveu (desclassificação). A Lei nº 11.719/08, alterando a redação do art. 383 e do art. 384, reconheceu expressamente essa possibilidade.

Sobre a matéria há interessante julgado na Suprema Corte, no qual se anulou a sentença condenatória, ao fundamento de que, operada pelo juízo a desclassificação, da qual resultara crime menos grave, cumpriria ao juiz ouvir o Ministério Público acerca da suspensão do processo, antes de prosseguir na decisão (STF – ROHC n 81.925-7/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 21.2.2003).

Como se percebe, o problema, em tema de desclassificação (feita por ocasião da sentença), é ainda mais complexo, tendo em vista que esta, como regra, é feita por ocasião da prolação da sentença. Assim, como argumentar com a preclusão, se as

partes, e, sobretudo, o réu (porque entendemos tratar-se de direito subjetivo) não teriam podido se manifestar acerca da matéria?

Nesse caso específico, pensamos mesmo que não se poderá evitar a anulação do julgado. Mas, advirta-se que o risco de perda de atividade judicial permanecerá. É que, voltando aos autos, abrem-se aquelas hipóteses:

a) o MP poderá não propor a suspensão;
b) se proposta, o réu poderá recusá-la;
c) o juiz poderá entender não presentes os requisitos legais para a suspensão. Mas para nós, que entendemos tratar-se de direito subjetivo, independentemente da proposta do MP (como visto, a ação já estava em curso), tal risco é o menor dos males.

Resumindo: se apreciada a questão, tanto pelo juiz quanto pelo Ministério Público, a recusa da suspensão deve ser impugnada imediatamente (mandado de segurança ou *habeas corpus*), antes da instrução criminal; se não levantada, por quaisquer das partes ou pelo juiz, somente uma providência liminar poderá permitir o conhecimento prévio da questão antes da prolação da sentença condenatória, exceção feita à hipótese de a possibilidade da suspensão decorrer de desclassificação.

E, por fim, mesmo que proposta pelo Ministério Público e aceita pelo réu, não está o juiz obrigado a suspender o processo, no caso de não entender cabível a aplicação do art. 89, por quaisquer dos fundamentos previstos em lei. Afinal, embora se cuide de direito subjetivo do réu, o Judiciário pode, por óbvio, emitir juízo de valor acerca da existência desse direito. E de tal decisão, pensamos nós, a única alternativa recursal nominada que poderia ser utilizada, e assim mesmo por analogia, seria a do recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP), além, é claro, de impugnações por meio de ações autônomas, tais as hipóteses de *habeas corpus* e de mandado de segurança – este, obviamente, condicionado à concepção que se tenha do instituto da suspensão do art. 89, ou seja, se considerado como direito subjetivo.

Na linha do que vimos de afirmar, decisão do Superior Tribunal de Justiça,

relatada pelo eminente Ministro Paulo Medina, deixou assentado que a tipicidade da conduta deve ser analisada no ato de recebimento da denúncia pelo juiz, pouco importando que o paciente tenha aceitado a suspensão condicional do processo (STJ – HC nº 64.578 – DF, Rel. Min. Paulo Medina, 21.9.2006). Certeira a orientação.

É de se ver, ainda, que a suspensão do processo será cabível em quaisquer procedimentos, incluindo os chamados procedimentos especiais, desde que preenchidas as condições do art. 89.

As exceções ocorrem, primeiro, em relação à Justiça Militar, na qual, a partir de 27 de setembro de 1999, não é mais possível a aplicação da Lei nº 9.099/95, por força do disposto na Lei nº 9.839/99, que criou o art. 90-A na Lei nº 9.099/95, com tal finalidade. E, segundo, em relação aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, consoante o disposto no art. 41 da Lei nº 11.340, de agosto de 2006 (Lei que cria diversos mecanismos de proteção à mulher, autorizando a instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), cujas disposições ainda veremos com maior vagar.

Presentes, então, os requisitos legais, o juiz receberá a denúncia, se já não estiver em curso o processo, e suspenderá o processo, pelo prazo de dois a quatro anos, impondo ao acusado as seguintes restrições de direito e/ou imposições:

a) reparação do dano, salvo impossibilidade real de fazê-lo;
b) proibição de frequentar determinados lugares;
c) proibição de ausentar-se, sem autorização do juiz, da comarca onde reside;
d) comparecimento obrigatório e pessoal a juízo (que poderá ser o juiz do local onde residir o acusado, por via de precatória), mensalmente, para informar suas atividades.

Segundo o § 2º do mencionado art. 89 da Lei nº 9.099/95, o juiz poderá impor outras condições a que ficará subordinada a suspensão do processo, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

É por essa razão, aliás, isto é, pelas restrições de direito impostas para a

suspensão do processo, que pensamos inaplicáveis as medidas cautelares do art. 319 e art. 320, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, *se e desde que* as condições propostas sejam *aceitas* pelo acusado. Nesse caso, as apontadas restrições se prestariam à mesma finalidade das cautelares, garantindo a efetividade do processo.

Por isso, pensamos que, em se tratando de crime ao qual seja cabível a aplicação da suspensão condicional do processo, não deverá a acusação, em princípio, recorrer às cautelares do art. 319 e do art. 320, CPP. Deverá, ao contrário, oferecer a proposta de suspensão, na forma e nas condições do art. 89, Lei nº 9.099/95. Não sendo oferecida a proposta, por entender incabível a suspensão, aí, sim, nada impedirá o manejo das cautelares.

Em relação às condições impostas para a suspensão condicional do processo, impende observar que, ao contrário do que vem ocorrendo, não deveria ser possível a imposição de sanções pecuniárias, como é o caso típico das cestas básicas, com fundamento exatamente nesse dispositivo. As restrições de direito cabíveis, a exemplo daquelas alinhadas nos incisos II, III e IV do § 1º, dizem respeito a regras de comportamento pessoal do acusado. A única hipótese em que poderá ocorrer imposição de ônus pecuniário encontra-se expressamente prevista em lei, como é o caso do inciso I do mesmo § 1º, com a obrigação de reparar o dano. Relembre-se, no entanto, decisão da 1ª Turma da Suprema Corte, admitindo a imposição de prestação de serviços ou pecuniária como condição para a suspensão do processo (STF – HC nº 108.914/RS – Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 1º.8.2012). Equívoco esse já assinalado linhas atrás.

Nos crimes ambientais, previstos na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, há ainda outras condições a serem cumpridas, por exemplo, a exigência de reparação do dano ambiental, a maior elasticidade na prorrogação do prazo do período de prova, para fins de extinção da punibilidade, tudo consoante se vê no art. 28 da citada Lei.

Cumpre também examinar a hipótese de suspensão condicional em processo no qual o réu encontra-se fora da sede do juízo em que tem curso a ação penal. Em tais situações, parece-nos, embora deprecada a citação e mesmo a audiência de

conciliação, isto é, para fins da aplicação ou não da suspensão, é preciso atentar para algumas particularidades que podem se fazer presentes.

Por exemplo: se a denúncia ainda não foi recebida (já que o art. 89 prevê a aceitação da suspensão antes), o juiz deprecado, mesmo após a aceitação do acordo (suspensão) pelo réu, deve devolver os autos ao juiz originariamente competente, para que ali se realizem os aludidos atos processuais (de recebimento da denúncia e suspensão do processo); afinal, tanto o ato de recebimento de denúncia quanto o de suspensão do processo ostentam, inegavelmente, conteúdo decisório.

Do mesmo modo, na hipótese de recusa à suspensão, não poderá o juiz deprecado simplesmente receber a denúncia, diante de sua manifesta incompetência (relativa).

Entretanto, o eventual recebimento da denúncia, e posterior homologação da suspensão, poderá não trazer maior inconveniente, quando convalidado posteriormente, a tempo e modo (risco, por exemplo, da ocorrência de prescrição – ver item 15.6).

Já no caso de incompetência absoluta (em razão da matéria – de difícil ocorrência, é certo – ou de prerrogativa de função), o ato de recebimento da peça acusatória e qualquer outro de igual teor (art. 395, CPP, por exemplo) serão irremediavelmente nulos.

Durante a suspensão do processo, como é óbvio, não correrá também o prazo prescricional (art. 89, § 6º, Lei nº 9.099/95).

Questão das mais interessantes reside na possibilidade (ou não) de se insurgir o acusado contra a imputação que se lhe faz, após ter ajustado o *sursis* processual. É dizer: uma vez firmado o acordo para a suspensão do processo, estaria o réu impedido de questionar a validade do acordo, seja por atipicidade, seja por ausência de justa causa, extinção da punibilidade ou outra razão qualquer?

Ora, se mesmo a decisão condenatória contra o réu, passada em julgado, pode ser revista até por meio de *habeas corpus* – incompetência absoluta do juiz processante, por exemplo –, por que não poderia sê-lo a decisão que determina a suspensão do processo, com base no art. 89 da Lei nº 9.099/95? Evidentemente que sim. E nessa

linha é decisão da Primeira Turma do STF (HC nº 85.747/SP, Min. Marco Aurélio em 21.6.2005 – *Informativo STF* nº 393). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ – HC nº 64.578 – DF, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, 21.9.2006) reconhecendo a necessidade de o juiz, ainda que firmado o acordo da suspensão entre as partes, apreciar todas as questões de direito acerca da matéria, no ato de recebimento (ou não) da denúncia.

14.3.1 Suspensão do processo: direito ou discricionariedade

Do ponto de vista de uma teoria do processo, ou pelo menos de sua configuração mais operacional, é muito mais cômodo falar em discricionariedade do Ministério Público, no que se refere ao oferecimento da proposta de suspensão do processo.

Assim, se é o Ministério Público quem tem o direito da ação penal, não caberia ao acusado qualquer opção na escolha da sanção que lhe seria imposta. Ou, melhor ainda, na escolha do *modelo* de processo – se *condenatório* ou *consensual* – cabível no caso concreto.

Como já demonstramos no início deste trabalho, não compartilhamos da opinião, generalizada, que defende a existência de um *direito de punir*.

Não vemos, também, no exercício da ação penal pública, a manifestação de qualquer direito, assim como não entendemos que o Estado tem o direito à jurisdição. Em relação aos jurisdicionados e aos administrados, o Estado tem é o *dever*, seja da tutela, seja da prestação jurisdicional, pelo Judiciário, como também da *prestação da ação penal* (obrigatoriedade), pelo Ministério Público.

Do mesmo modo que, em relação à jurisdição, o Estado reservou a si o exercício de suas funções, reservou também para si, para a maioria dos delitos, a titularidade da ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da CF.

Para nós, então, qualquer elaboração de uma teoria do processo penal deve ter em conta essas particularidades.

Todavia, a questão da *discricionariedade* ou do *direito* à suspensão do processo deve ser tratada sob outra perspectiva.

Quando a lei estabelece qualquer graduação ou alternativa à sanção penal tradicional, o acusado ou qualquer pessoa que estiver sob ameaça de sua imposição tem *verdadeiro direito* a não ser punido fora dos limites da lei. Quando, por exemplo, há erro na dosimetria da pena, o réu tem o *direito* a ver corrigido o equívoco pela não observância das normas legais restritivas da liberdade. E não só pela legitimação recursal, como, também, pela ação de revisão criminal, art. 626, CPP.

Assim, e do mesmo modo, acreditamos que a Lei nº 9.099/95, ao estabelecer, expressa e rigidamente, as condições cabíveis para a suspensão do processo, não reservou amplo juízo de conveniência ou de oportunidade ao órgão do Ministério Público, pela simples razão de ter o legislador, ele próprio, antecipada e previamente, declinado as hipóteses em que estariam satisfeitas as exigências de política criminal punitiva, a saber: não ter sido condenado o réu; não estar ele sendo processado; cumprir o réu os requisitos do art. 77 do CP.

Todos esses requisitos já indicam, satisfatoriamente, o tratamento penal que se quer destinar aos supostos autores de crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano. Discricionariedade há apenas em relação ao objeto da transação, isto é, se pena de multa ou pena restritiva de direito.

O problema em reconhecer a existência de um direito à suspensão do processo é, de fato, operacional. Se a hipótese é de uma proposta de suspensão do processo, já que existe uma pretensão punitiva a ser satisfeita, como excluir o Ministério Público?

Por isso, o Supremo Tribunal Federal não aceita a imposição da suspensão do processo por ato exclusivo do juiz, reconhecendo a titularidade do Ministério Público para semelhante iniciativa (HC nº 74.153-3/SP, 3.12.1996).

A Terceira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu, mas mera faculdade do órgão da acusação (REsp nº 318.745/MG – STJ,*DJ* 24.3.2003), embora, no caso específico deste julgado, tenha sido feita menção à existência de outro processo já em curso contra o réu. Julgamos referido posicionamento totalmente equivocado.

A Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal parece caminhar nesse sentido, ainda que não explicitamente:

"Súmula 696. Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal."

Já na transação penal, além da própria iniciativa da provocação da jurisdição exigir a intervenção do Ministério Público, também a escolha da sanção a ser transacionada não poderia ser feita pelo magistrado, já que a lei a defere expressamente a outro órgão.

De todo modo, como vimos, se o *parquet* se recusar a oferecer a proposta, com ou sem fundamentação, deve-se aplicar o disposto no art. 28 do CPP e art. 62 da Lei Complementar nº 75/93, no âmbito da Justiça Federal, para reexame da questão pelo órgão do *parquet* com poderes de revisão (Súmula 696 – Supremo Tribunal Federal).

Como quer que seja, a citada Súmula 696 da Suprema Corte parece impedir a compatibilização entre o conceito de *direito subjetivo do réu* e a suspensão a cargo, em última instância, do Ministério Público.

Relativamente à transação penal, contudo, como vimos e ainda veremos mais detidamente, a aplicação analógica do art. 28 do CPP não impediria a compreensão do instituto (da transação) como direito subjetivo, na medida em que, recusada pelo Ministério Público a proposta de transação, seria possível ao juiz rejeitar a peça acusatória então oferecida, com fundamento na inexistência de interesse ao processo condenatório (art. 395, II, CPP), porquanto ainda aberta a via do processo conciliatório (art. 76, Lei nº 9.099/95), menos gravoso ao acusado. Embora tratando da suspensão condicional do processo, pode-se concluir ter sido nesse sentido o julgado emanado do STJ – HC 131.108-RJ, Rel. Jorge Mussi, julgado em 18.12.2012. Na mesma linha, pensamos que esta conclusão se estenderia também ao acordo de não persecução penal.

De outro lado, da decisão judicial que negar a suspensão proposta pelo Ministério Público, e aceita pelo réu, caberá recurso em sentido estrito, por aplicação analógica

do art. 581, I (ou mesmo XI), do CPP, ou mesmo a impetração de *habeas corpus*, já que haveria potencial coação do direito de liberdade do réu, ou até mesmo mandado de segurança.

14.3.2 Revogação e cumprimento da suspensão

A Lei nº 9.099/95 prevê ainda hipótese de revogação obrigatória e de revogação facultativa da suspensão do processo, tal como ocorre também com o *sursis* do art. 77 do CP.

Na primeira hipótese, a *obrigatória*, o juiz revogará a suspensão sempre que o beneficiário (ou o seu titular, como preferimos) dela vier a ser processado por outro crime, ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano (art. 89, § 3º, Lei nº 9.099/95).

Na segunda, a *facultativa*, o juiz poderá revogar a suspensão se o acusado vier a ser processado pela prática de contravenção ou se descumprir quaisquer das condições a ele impostas (situação curiosa é a do delito de *consumo* de drogas, previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, que, não obstante seja formalmente um *crime*, foi equiparado a *contravenção* para fins de revogação da suspensão condicional do processo pelo STJ no REsp 1.795.962-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas. Assim, o ato considerado hipótese de revogação *facultativa*, o que nos soa absolutamente correto, tendo em vista a peculiaridade de não haver previsão de *prisão* para esta conduta, assemelhando-a de fato mais a uma contravenção do que a um crime propriamente dito).

Como se observa, basta a existência de ação penal por crime, na revogação obrigatória, e por contravenção, na facultativa. Não se há de falar, no caso, de suposta violação ao princípio da inocência, porque a suspensão do processo é medida de política criminal e pode, validamente, fixar os seus contornos de acordo com o juízo provisório acerca do comportamento que se espera de quem se achar submetido a processo penal.

Uma vez, porém, cumpridas todas as exigências feitas ao acusado, deverá o juiz

julgar extinta a punibilidade, com todos os consectários daí decorrentes, ou seja, os efeitos de coisa julgada material, por tratar-se de solução do mérito da pretensão penal. Uma questão: e se o membro do *parquet* a quem forem remetidos os autos não for o mesmo que fez a proposta entender que o caso *não era de aplicação do art. 89*, e requerer o prosseguimento do processo e revogação da suspensão?

Ora, muito simples. Em lusitano castiço: *Inês é morta!*, cuja tradução seria: não se revoga o que foi cumprido e exaurido! Extinção da punibilidade, por eficácia *preclusiva* dos atos praticados!

Questão mais complexa poderá ocorrer na hipótese de descumprimento das condições fixadas e da não revogação tempestiva da suspensão. É dizer: apesar do descumprimento, teria se exaurido o prazo ou período de prova (Lei nº 9.099/95). Aqui, será preciso boa dose de cautela. Não se deve simplesmente retroceder no tempo e revogar a suspensão, sobretudo em casos em que o descumprimento tenha sido de pouca monta ou relevância, como ocorre com o dever de comparecimento ao juízo. Havendo excesso de faltas, por outro lado, aí se justificaria a revogação. O Supremo Tribunal Federal não parece fazer distinção entre as apontadas hipóteses de descumprimento. No julgamento do HC nº 103.706, Rel. Min. Ricardo Lewandowski 1ª Turma, j. 9.11.2010, e do HC nº 84.654/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma 31.10.2006, aquela Corte decidiu ser possível a revogação da suspensão condicional quando os fatos ensejadores da revogação tenham ocorrido no período de prova, sem descer a detalhes acerca das faltas cometidas pelo acusado.

Em outra ponta, teria a Lei nº 11.719/08, ao dar tratamento de absolvição sumária às decisões de extinção da punibilidade (art. 397, IV, CPP), modificado a natureza da decisão judicial mencionada no art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/08?

A nosso aviso, e mantidas as críticas que já direcionamos à aludida opção legislativa, dado que a extinção da punibilidade não tem, nem de longe, o mesmo sentido da decisão de absolvição, impõe-se a unificação do tratamento judicial da matéria. Com isso, ainda que tecnicamente inadequado, deverá o juiz absolver sumariamente o acusado (art. 397, IV, CPP).

Do mesmo modo, por não haver participação do ofendido na suspensão do

processo, nem na fixação dos limites da reparação do dano, nada impede a rediscussão da matéria no juízo cível, para o fim de apuração de eventual responsabilidade civil remanescente.

Evidentemente, se já houver assistente habilitado nos autos, nada impede que o juiz determine a sua inquirição, embora não subordinado à sua aquiescência, para fins de fixação dos limites da reparação do dano, até mesmo para que se resolva ali mesmo a questão relativa à eventual recomposição civil do dano causado pela infração penal.

14.3.3 Ação privada

Segundo a Lei nº 9.099/95, a suspensão do processo, tal como ocorre com a transação penal, não é cabível para a ação penal privada, no curso da qual, como vimos, já seria possível a utilização de uma série de medidas tendentes à disponibilidade da pretensão punitiva (perdão, renúncia, perempção etc.). Em razão dessas considerações, sustenta-se o não cabimento da suspensão do processo nas ações privadas, além do fato, por si só relevante, da ausência de previsão legal.

Pensamos, porém, que não haveria prejuízo para quaisquer dos interessados. Também do ponto de vista lógico, não haveria qualquer obstáculo legal, pois a reparação do dano (uma das condições para a suspensão do processo), como regra, e nos processos tipicamente condenatórios, isto é, fora do alcance dos Juizados Especiais Criminais, não implica a renúncia ao direito de queixa, nos termos do art. 104, parágrafo único, do CP.

Se fosse o caso, porém, de infração penal da competência dos Juizados Especiais Criminais, não seria cabível a transação penal nas ações privadas. E isso justamente por força do disposto no art. 74 da Lei nº 9.099/95, em que se estabelece que a recomposição civil do dano implica a renúncia ao direito de queixa. Ora, nesse caso, uma vez reparado o dano (como exigência da transação), nada mais se poderia exigir do querelado em sede de jurisdição penal. Na hipótese, contudo, de impossibilidade real de reparação do dano, tal óbice não existirá, podendo aceitar-se a transação

também na ação privada.

Já em relação à suspensão do processo, a reparação do dano a ser imposta por ocasião da suspensão do processo (art. 89, § 1º, I) não impediria as demais exigências, como consequências resultantes do próprio exercício da ação penal. Cuidando-se, pois, de norma não incriminadora, a aplicação dela *in bonam partem* revela-se perfeitamente possível.

Quanto à alegação de já existir, para as ações privadas, a disponibilidade da pretensão punitiva (renúncia, perdão etc.), não nos parece também decisivo semelhante argumento para impedir a aplicação da suspensão condicional do processo naquele tipo de ação penal (privada).

Em primeiro lugar, porque a opção pela proposta de suspensão se inseriria no âmbito da mesma disponibilidade, podendo o querelante dela se valer ou não, segundo o seu juízo de conveniência.

Em segundo lugar, e isso nos parece fundamental, não há motivo para não se estender às ações privadas a adoção de medidas despenalizadoras, como é o caso do art. 89 do CPP, quando deixadas à escolha do seu autor, e não como imposição do Estado. Ora, se o próprio Estado, titular da maioria das iniciativas penais, entende politicamente conveniente e adequada a utilização de critérios processuais não punitivos, por que não permitir a mesma via em todos os crimes, para os quais a reprovabilidade seja equivalente? Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, entendendo cabível a suspensão condicional do processo também nos processos que se procedem mediante ação penal exclusivamente privada (Apn 390/DF, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 10.4.2006).

Nesse caso, todavia, e porque a admissibilidade da suspensão do processo para as ações privadas decorreria de aplicação da analogia, não se poderia afirmar a existência de direito do querelado, ou seja, do réu, à aplicação do citado art. 89 da Lei nº 9.099/95. A conveniência e a oportunidade permaneceriam com o querelante, tal como ocorre com a própria ação penal privada. Em tais ações, evidentemente, o papel do Ministério Público é de *custos legis*, não cabendo a ele, por óbvio, a propositura da suspensão, embora possa opinar nesse sentido.

14.3.4 Cabimento: concurso de crimes, tentativa, causa de aumento e de diminuição

Um dos requisitos exigidos para a propositura e a concessão da suspensão do processo é a circunstância de não estar o acusado sendo processado no momento em que é feita a proposta.

Consequência imediata de semelhante disposição é a impossibilidade de suspensão do processo quando se tratar de concurso de crimes, tendo em vista que, em tais situações, o réu sempre estará sendo processado por mais de um crime. No concurso material de crimes (art. 69, CP), quando se cuida de duas ou mais condutas, a vedação parece ainda mais evidente.

Já no caso de concurso formal (art. 70, CP), em que uma única conduta gera dois ou mais resultados danosos, e no crime continuado (art. 71, CP), considerado, por ficção legal, crime único, poder-se-ia alegar exatamente a inexistência de crimes (no plural) e, assim, de processos diferentes.

A solução adotada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inteiramente acertada, segundo nos parece, partiu de perspectiva diferente, levando em consideração, sobretudo, a pena abstratamente cominada nos referidos concursos. Com isso, mesmo quando se tratar de concurso de crimes, desde que a pena mínima cominada, aplicando-se a soma dos crimes (no concurso material) e o acréscimo decorrente do concurso formal e do crime continuado, não seja superior, abstratamente, a um ano, será possível e cabível a aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95, com a suspensão do processo (STF – HC nº 8.026/RS; STJ – HC nº 5.141/SP).

Aliás, essa questão já é objeto de Súmula em ambos os Tribunais Superiores: no Supremo Tribunal Federal (Súmula 723) e no Superior Tribunal de Justiça (Súmula 243).

Entretanto, pensamos que as causas de diminuição e de aumento da pena, bem como a existência de qualificadoras (que, na verdade, modificam o tipo penal), podem e devem ser consideradas para fins de aplicação da suspensão condicional do

processo. Já em relação às circunstâncias agravantes e atenuantes, porque dependentes, necessariamente, de exame particularizado do caso concreto, isso não ocorre. A jurisprudência dos aludidos Tribunais Superiores (STF e STJ) caminha também nesse sentido (STF – HC nº 74.234-5,*DJU* 2.8.1996; STJ, HC nº 4.780/SP *DJU* 31.3.1997).

E pensamos, mais, ao contrário de abalizada doutrina (GRINOVER et al., 2002, p 259), que, no caso de tentativa (art. 14, CP – crime tentado), bem como nas causas obrigatórias de diminuição e de aumento, o percentual a ser considerado deve ser sempre o mínimo (da diminuição ou do aumento), pela simples razão de que o exame há de se fundar em dados abstratos, isto é, da lei, não podendo estar condicionado ao eventual julgamento do caso concreto.

Ora, se o cabimento da suspensão é feito a partir da pena cominada, e não da pena aplicada, há de se concluir, por óbvio, e *data venia*, que somente o percentual mínimo, tanto da tentativa quanto da eventual causa de aumento ou de diminuição, que é aquele obrigatório, porque previsto em lei (cominado, então), é que deverá ser levado em conta.

14.4 Do procedimento do Tribunal do Júri

14.4.1 Anotações introdutórias

O Tribunal do Júri foi instituído no Brasil pela Lei de 18 de junho de 1822, para os delitos de imprensa, sendo constituído inicialmente por 24 juízes de fato, conforme anota Greco Filho (1999, p. 412).

Atualmente, a sua composição é inteiramente diferente, o mesmo ocorrendo com a respectiva competência. Para fins de julgamento, o Tribunal é composto pelo Juiz-Presidente e pelo Conselho de Sentença. Este é integrado por sete jurados leigos, isto é, por pessoas do povo, escolhidas por meio de sorteio em procedimento regulado minudentemente em lei. O Juiz-Presidente é órgão do Poder Judiciário, integrante da carreira, daí por que denominado juiz togado.

Ao Juiz-Presidente caberão a direção e a condução de todo o procedimento, bem

como a lavratura da sentença final, após as conclusões apresentadas pelo corpo de jurados, por meio de respostas aos quesitos formulados previamente sobre as questões de fato e de direito.

Nos termos do art. 5º, XXXVIII, da CF, são assegurados ao Tribunal do Júri:

a) a plenitude da defesa;
b) o sigilo das votações;
c) a soberania dos veredictos;
d) a competência para os crimes dolosos contra a vida.

A primeira observação que faríamos é que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida não é a única assegurada ao aludido tribunal. Como vimos, na hipótese de conexão entre crime doloso contra a vida e outro da competência originária de juiz singular, prevalecerá a do primeiro (art. 78, I, CPP). C Tribunal do Júri, então, julga também outras infrações penais, tudo a depender de previsão legal expressa.

No que se refere às demais características do Tribunal do Júri, veremos que a apontada garantia da soberania dos veredictos deve ser entendida em termos, tendo em vista ser possível a revisão de suas conclusões por outro órgão jurisdicional (os tribunais de segunda instância e tribunais superiores), sobretudo por meio da denominada ação de revisão criminal (art. 621, CPP).

Embora semelhante possibilidade, à primeira vista, possa parecer uma afronta manifesta à garantia da soberania dos veredictos, pode-se objetar em seu favor o seguinte: a ação de revisão criminal somente é manejável no interesse do réu e somente em casos excepcionais previstos expressamente em lei (art. 621, I, II e III CPP); funciona, na realidade, como uma ação rescisória (do cível), legitimando-se pelo reconhecimento da falibilidade inerente a toda espécie de convencimento judicial e, por isso, em todo julgamento feito pelos homens.

De mais a mais, pode-se ainda argumentar que, do ponto de vista de um Estado de Direito e de um processo penal garantista, como é e pretende ser o nosso, revela-se

inconveniente e mesmo perigoso o trancamento absoluto das vias impugnativas das decisões penais condenatórias.

A última característica do modelo de júri adotado em nosso ordenamento diz respeito ao sigilo das votações. A escolha é totalmente diversa do sistema anglo-americano, no qual se permite que o convencimento judicial final seja construído com a participação, efetiva e atuante, de todos os integrantes do Conselho de Sentença. E mais: ali se permite que os jurados se manifestem livremente pela condenação (culpado) ou pela absolvição (inocente).

No Brasil, os jurados integrantes do Conselho de Sentença deverão responder aos quesitos a eles apresentados, de cuja resposta o Juiz-Presidente (juiz togado) explicitará o conteúdo da decisão e formará o convencimento judicial final. Se condenatória a decisão, passará à aplicação da pena cabível. O sigilo das votações impõe o dever de silêncio (a regra da incomunicabilidade) entre os jurados, de modo a impedir que qualquer um deles possa influir no ânimo e no espírito dos demais, para fins da formação do convencimento acerca das questões de fato e de direito em julgamento. Dessa maneira, aos olhos da lei, estaria mais bem preservada a pluralidade da decisão.

Costuma-se afirmar que o Tribunal do Júri seria uma das mais democráticas instituições do Poder Judiciário, sobretudo pelo fato de submeter o homem ao julgamento de seus pares e não ao da Justiça togada. É dizer: aplicar-se-ia o Direito segundo a sua compreensão popular e não segundo a técnica dos tribunais.

Nesse sentido, de *criação de justiça* fora dos limites do Direito positivo, o Tribunal do Júri é mesmo democrático.

Mas não se pode perder de vista que nem sempre a democracia esteve e estará a serviço do bem comum, ao menos quando aferida simplesmente pelo critério da maioria. A história está repleta de exemplo de eleições (legítimas) de ditadores inteiramente descompromissados com a causa dos direitos humanos.

E o Tribunal do Júri, no que tem, então, de democrático, tem também, ou melhor, *pode ter também*, de arbitrário.

E isso ocorre em razão da inexistência do dever de motivação dos julgados. A resposta à quesitação pelo Conselho não exige qualquer fundamentação acerca da opção, permitindo que o jurado firme seu convencimento segundo lhe pareça comprovada ou revelada (aqui, no sentido metafísico) a verdade. E, convenhamos, esse é realmente um risco de grandes proporções. Preconceitos, ideias preconcebidas e toda sorte de intolerância podem emergir no julgamento em Plenário, tudo a depender da eficiência retórica dos falantes (Ministério Público, assistente de acusação e defesa).

Enfim, bom ou ruim, o Júri tem previsão constitucional.

14.4.2 Da acusação e da instrução preliminar

O procedimento do Tribunal do Júri é bifásico. Há, em verdade, duas fases muito bem delineadas.

A primeira seria destinada à formação da culpa, denominada *instrução preliminar*, enquanto a segunda ao julgamento propriamente dito, ou da acusação em plenário. A distinção tem destino ou destinatários certos.

É que o julgamento dos crimes da competência do Tribunal do Júri é atribuído a pessoas não integrantes do Poder Judiciário, escolhidas aleatoriamente nas diferentes camadas sociais da comunidade, de quem, em regra, não se espera qualquer conhecimento técnico sobre a matéria.

Por isso, e para que o julgamento se realize com a necessária (ou possível) imparcialidade, e com observância das normas e regras relativas à contribuição das partes na formação da decisão final, prevê a lei que a matéria submetida a julgamento pelo Conselho de Sentença seja encaminhada do modo mais simplificado possível.

Como não se exige, nem se poderia exigir, ao menos rigorosamente, que os jurados fundamentem racionalmente suas decisões, pela via argumentativa (vige, em relação a eles, a regra da íntima convicção, e não o livre convencimento motivado), essas são manifestadas por meio de respostas a quesitos específicos.

E para que aí se chegue, é também necessário que todas as questões relevantes e pertinentes sejam encaminhadas do modo mais claro possível. Daí a apresentação de quesitos para respostas absolutamente objetivas (sim ou não).

A fase então denominada de *acusação e de instrução preliminar*, ou do *judicium accusationis* é reservada para a decisão acerca da possível existência de um crime da competência do Tribunal do Júri. Com efeito, dizer que compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida não resolve a questão de se saber quando deverá ser exercida tal competência. É dizer: quem estaria habilitado a afirmar a existência de um crime da competência do Tribunal do Júri? O delegado de polícia, por meio do indiciamento?

Nossa legislação, para evitar que todos os processos penais que tivessem por objeto a morte de determinada pessoa fossem encaminhados, desde logo, ao Tribunal do Júri, preferiu reservar ao Judiciário um juízo prévio acerca da natureza dos fatos em apuração, para a definição da competência jurisdicional a ser exercida.

A medida, de resto, revela-se bastante útil até mesmo para evitar que pessoas para as quais a lei reconhece a justificação da conduta (legítima defesa, estado de necessidade etc.) sejam encaminhadas ao Tribunal do Júri, correndo ali o risco de eventualmente serem condenadas, dependendo da qualidade da atuação das partes em plenário.

A fase da instrução preliminar é, então, reservada para a definição da competência do Tribunal do Júri, com o que se examinará a existência, provável ou possível, de um crime doloso contra a vida. Dizemos provável ou possível porque, nessa fase, o juiz deve emitir apenas juízo de probabilidade, tendo em vista que caberá ao Tribunal do Júri dar a última palavra (a certeza, pois) sobre a existência e sobre a natureza do crime. Trata-se, então, de *juízo de admissibilidade*.

Os limites e as consequências jurídicas atribuídas à decisão que encerra a referida fase serão examinados logo a seguir.

O *judicium accusationis* desenvolve-se perante o juiz singular. Nas grandes comarcas, as duas fases do procedimento podem ser dirigidas por juízes diferentes,

isto é, o juiz sumariante para o antigo *sumário de culpa* e *instrução preliminar* (primeira fase), e o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri para a fase de julgamento (art. 412, CPP).

A Lei nº 11.689/08 modificou inteiramente a regulamentação do Tribunal do Júri, no CPP. De todo modo, houve modificação integral dos dispositivos do Código.

O procedimento na instrução preliminar é praticamente o mesmo do procedimento comum do rito ordinário (art. 394, § 1º, I, CPP, na redação dada pela Lei nº 11.719/08), com ligeiros acréscimos, como veremos, a seguir, remetendo o leitor ao respectivo tema, para uma abordagem mais ampla (item 14.2.1), sobretudo sobre aspectos específicos da fase instrutória (desistência de testemunhas, indeferimento de provas etc.), incluindo a possibilidade de antecipação da inquirição de pessoas submetidas à proteção da Lei nº 9.807/99, conforme redação dada pela Lei nº 12.483/11, bem como da prioridade na tramitação. Remetemos o leitor àquele ponto específico (ver item 14.2.1).

Resumidamente:

a) se não for o caso de rejeição liminar da denúncia por ausência de pressupostos processuais e de condições da ação (art. 395, CPP), o juiz receberá a denúncia ou queixa (ação subsidiária), determinando a citação do réu para apresentação de resposta escrita, no prazo de 10 (dez) dias (art. 406, CPP);
b) não apresentada a resposta no prazo legal pelo réu citado pessoalmente, o juiz nomeará defensor para fazê-lo (art. 408, CPP); na citação por edital, aplicar-se-á o art. 366 do CPP (art. 406, § 1º, CPP);
c) abertura de vista à acusação sobre questões preliminares e juntada de documentos, em 5 (cinco) dias (art. 409, CPP);
d) designação de audiência para a produção da prova (testemunhal, pericial etc.), apresentação de alegações finais e prolação da decisão (pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação, incluindo a *mutatio libelli*), no prazo de 10 (dez) dias (art. 410, CPP);
e) se não for possível a sentença em audiência, o juiz deverá apresentá-la em 10

(dez) dias (art. 411, § 9º, CPP);

g) o procedimento deverá ser concluído em 90 (noventa) dias (art. 412, CPP).

Seguem algumas observações necessárias.

1ª) Na citação por edital, como o acusado não é citado para o comparecimento em juízo, e sim para a apresentação de resposta escrita, é a partir da ausência da resposta, quando ele não constituir advogado ou não tiver efetivo conhecimento da causa, que se deverá aplicar a regra do art. 366 do CPP, com a suspensão do processo e do prazo prescricional, sem prejuízo da adoção das providências ali mencionadas (art. 366, CPP).

2ª) Acusação e defesa deverão arrolar as testemunhas nas respectivas peças de ingresso (denúncia e resposta escrita), até o máximo de 8 (oito); na resposta, o réu (e também a acusação) deverá também especificar as provas que pretende ver produzidas, bem como opor eventuais exceções (arts. 95 e seguintes, CPP).

3ª) A redação do art. 410, CPP, não é nada esclarecedora, quando aponta o prazo de 10 (dez) dias para a *inquirição de testemunhas e para a realização das diligências requeridas pelas partes*. Ora, basta ver, por exemplo, que as partes têm o prazo de até dez dias *antes da audiência* para requererem o depoimento do perito oficial e de assistentes técnicos (art. 159, § 5º, I, CPP) Assim, não há como designar a audiência para o prazo máximo de 10 (dez) dias. Esse prazo, o de dez dias, deve ser reservado apenas para a adoção de diligências que devam ser realizadas *antes* da audiência de instrução e julgamento. Para a designação de audiência, o juiz deve atentar somente para o prazo global de 90 (noventa) dias, destinados à conclusão da fase de acusação e de instrução preliminar.

4ª) As alegações finais e a decisão, como regra, devem ser orais. Apenas à decisão se reserva a possibilidade de adiamento do ato, para o prazo de 10 (dez) dias após o encerramento da instrução (art. 411, § 9º, CPP). O tempo será de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), individualmente, quanto aos réus (art. 411, § 5º, CPP), reservando-se 10 (dez) minutos para o assistente de

acusação, após o Ministério Público, com renovação do mesmo prazo para a defesa (§ 6º).

5ª) Após a instrução, será possível a *mutatio libelli* do art. 384, CPP, dependente, contudo, de aditamento do Ministério Público, valendo, aqui, as regras já estudadas em tópico próprio, quanto à recusa do *parquet* e quanto à eventual modificação de competência resultante da modificação da acusação (ver item 13.2.3.3). Poder-se-á, por exemplo, alterar-se o crime do art. 123, Código Penal (infanticídio), para o do art. 121 (homicídio), e vice-versa, bem como haver a inclusão de qualificadoras, de causas de aumento de pena, de privilégio e de causas de diminuição, embora estas últimas independam de imputação.

6ª) Por ocasião da decisão de pronúncia, que já veremos, poderá o juiz dar ao fato definição jurídica diversa das constantes da acusação, embora o acusado fique sujeito à pena mais grave (*emendatio libelli*, art. 383, CPP). A respeito do tema, ver item 13.2.3.2.

Na decisão, as hipóteses são de absolvição sumária, de desclassificação, de impronúncia e de pronúncia, respectivamente. Vimos também que será possível a providência do art. 384, CPP (*mutatio libelli*), desde que se renovem alguns atos de instrução, por força das inovações trazidas pela Lei nº 11.689/08, sobretudo do art. 411, § 3º, CPP. Veremos, a seguir, cada uma delas.

14.4.2.1 Absolvição sumária

Feita a imputação da existência de um crime da competência do Tribunal do Júri, o julgamento dos fatos deverá pertencer, em princípio, àquela jurisdição.

O problema é que o Direito Penal, a par de incriminar determinadas condutas, prevê hipóteses em que essas ações, mesmo quando realizadas, não constituirão efetivamente crimes, se praticadas em razão de específicas circunstâncias de fato, ou quando praticadas por determinadas pessoas, em específicas situações.

As excludentes de ilicitude (causas de justificação) e de culpabilidade excluem o

crime e a correspondente punibilidade, por força, então, do próprio ordenamento (arts. 21, 22, 23, 26 e 28, § 1º, todos do CP). E quando não se cuidar de crime, não haverá motivo para se reclamar a competência do Tribunal do Júri.

De tal perspectiva, o nosso Direito reserva ao Judiciário, e mais especificamente ao juiz encarregado da instrução preliminar, a apreciação prévia de algumas questões ligadas à efetiva existência de crime doloso contra a vida. É claro que semelhante providência não deixa de ser, em certa medida, uma subtração da competência do Tribunal do Júri, tendo em vista que a última palavra acerca da matéria (sobre ser ou não crime doloso contra a vida) deveria ser sempre daquele tribunal.

Ocorre que as peculiaridades da jurisdição do júri popular – integrado por leigos, sem conhecimento do Direito e das leis, e no qual, em regra, a formação do convencimento dos jurados pode ocorrer mais pelos insondáveis caminhos da dramaticidade e da emoção com que se desenvolve a atuação das partes em plenário do que pela atuação do Direito – estão a recomendar a adoção de algumas cautelas.

Assim, e por exemplo, quando resultar provado da instrução criminal ter o agente praticado o fato acobertado por quaisquer das causas excludentes da criminalidade, poderia ser perigoso o encaminhamento da matéria ao Conselho de Sentença. Os riscos de uma condenação obtida mais pela excelência da *performance* pessoal do responsável pela acusação que pelo exame sereno e cuidadoso dos fatos não valem a preservação, a qualquer custo, da competência do Tribunal do Júri.

Por isso, prevê o art. 415 que o juiz poderá absolver sumariamente o acusado, quando (a) estiver provada a inexistência do fato (I); (b) estiver provado não ser ele autor ou partícipe do fato (II); (c) o fato não constituir infração penal (III) e (d) estiver demonstrada causa de isenção da pena ou de exclusão do crime (IV), à exceção dos casos de inimputabilidade para os quais seja cabível a aplicação de medida de segurança.

Como se vê, a Lei nº 11.689/08 ampliou sobremaneira as hipóteses de absolvição sumária, que, na ordem anterior, limitava-se às excludentes de ilicitude e culpabilidade, conforme antiga redação do art. 411, com referência ao Código Penal (arts. 21, 22, 23, 26 e 28, § 1º).

E, nesse ponto, não estamos convencidos da validade da ampliação, no confronto com a competência constitucional do Tribunal do Júri.

Como a regra deve ser a manutenção da competência do Tribunal do Júri, as hipóteses de absolvição sumária reclamam expressa previsão em lei e o firme convencimento do julgador, pois a aludida decisão terá de se arrimar no grau de certeza demonstrado pelo juiz, seja quanto à matéria de fato, seja quanto às questões de direito envolvidas. A absolvição sumária é, pois, uma decisão excepcional, daí por que deve exigir ampla fundamentação.

Parte da doutrina já sustentava a aludida ampliação de competência do Juiz togado, defendendo a tese segundo a qual o juiz deveria também absolver sumariamente o réu quando julgasse suficientemente provada a inexistência do fato ou quando provado ter sido outro o autor do crime. Atualmente, o entendimento consta de lei. E continuamos à margem dele.

A razão é até muito simples: a absolvição sumária é medida *excepcional* e, tendo em vista que, em princípio, cabe ao Tribunal do Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Não porque queiramos, mas porque consta de texto constitucional.

Relembre-se que a matéria relativa às excludentes de ilicitude e de culpabilidade, que eram as hipóteses de absolvição sumária antes da atual legislação, abrange questões verdadeiramente *de direito*, justificando-se plenamente a retirada de seu conhecimento ao Tribunal do Júri, desde logo.

Já os aspectos acerca da *inexistência do fato* e da prova da *não autoria* ultrapassam, e muito, a fronteira do Direito, implicando julgamento de matéria *unicamente de fato*, e, por isso, suprimindo a competência do Tribunal do Júri.

Como já nos manifestamos, não nos agrada a instituição de qualquer julgamento sem a respectiva motivação, como ocorre com o Tribunal do Júri. No entanto, essa foi uma opção constitucional. Assim, quando se permite que o juiz togado absolva o réu ao entendimento de não ser ele o autor do fato, ou, mais que isso, de *estar provado* não ser ele o autor do fato, e também, por estar provada a *inexistência* do fato, está

sendo subtraída a competência do Tribunal do Júri em relação à matéria que melhor lhe assenta: a matéria *de fato*.

Se a definição da matéria reservada à absolvição sumária se resumisse apenas à questão da suficiência da prova, e assim da certeza do julgamento, restaria concluir que ao Tribunal do Júri se deixariam apenas as hipóteses de absolvição, precisamente por insuficiência da prova. A decisão fundada na prova da *inexistência do fato* (art. 415, I) ou da *negativa de autoria* (art. 415, II, *estar provado não ser ele o autor/ou partícipe do fato*) abrange grande parte do núcleo central do mérito da matéria criminal, ou seja, a *materialidade e a autoria*.

Do ponto de vista pessoal, da preferência teórica de cada um, a tese pode até se justificar e a ela podemos até aderir. Mas, como interpretação da norma constitucional atributiva da competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não!

Ainda que, na prática, os juízes não se utilizem dos aludidos dispositivos para a absolvição sumária, não se pode deixar de apontar a inconstitucionalidade das alterações, especificamente aquelas trazidas no art. 415, I e II, do CPP.

De toda sorte, os cuidados com referida decisão (de absolvição sumária) são muitos, a começar pela exigência, como vimos, de juízo de certeza quanto à inexistência de crime (pela presença de excludentes!). Mas não param por aí.

Saliente-se a revogação, tardia até, da exigência de reexame necessária da decisão de absolvição sumária, consoante se previa no texto já revogado do art. 411, CPP. Aplausos. E aplausos também para a modificação promovida em relação ao julgamento dos crimes conexos, não dolosos contra a vida, a cargo exclusivo do Juiz-Presidente, quando se fizer a desclassificação do crime doloso contra a vida para outro que não o seja (art. 492, § 2º, CPP), já na segunda fase do processo no júri.

No caso de reunião de processos em razão da conexão e continência (arts. 76 e 77), a decisão de absolvição sumária no crime da competência do júri pelo juiz singular implicará a aplicação do disposto no art. 81, CPP, a determinar a remessa dos demais processos (não dolosos contra a vida) para o juiz competente, segundo as regras do art. 78, CPP.

14.4.2.2 Desclassificação

Afirmada inicialmente, pelo Ministério Público, a existência de crime doloso contra a vida, o juiz, após o encerramento da instrução preliminar, poderá entender de modo diverso.

Diz o art. 419 do CPP que "*quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no art. 74, § 1º [crimes dolosos contra a vida], e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja*".

Como se vê, após a Lei nº 11.689/08, não se previu mais, ao menos expressamente, a necessidade de reabertura mínima da instrução, após a desclassificação, como constava do revogado texto do art. 410, CPP.

Essa é a chamada *desclassificação própria*, por meio da qual o juiz reconhece a existência de crime diverso dos crimes dolosos contra a vida. Deverá ele, então, remeter os autos ao juiz competente. Ali, e por força do princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP), deverá o juiz renovar os atos de instrução. Note-se que não há mais previsão expressa nesse sentido, como era o caso da ordem anterior. No entanto, a estrutura processual fundada na identidade física do juiz e na imediatidade da prova está a exigir tal providência, quando nada para o esclarecimento da prova testemunhal e a inquirição do acusado, que tem direito a ser ouvido pelo juiz da causa, conforme previsto no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, 1 e 2).

Vimos que isso é possível em razão de a própria lei reservar ao Judiciário a definição prévia do que seja crime doloso contra a vida, para o fim de encaminhar a questão ao Tribunal do Júri.

Tratando-se de mais de um processo, reunidos em razão de conexão e/ou continência (arts. 76 e 77, CPP), "*reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração [...], de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juiz competente*" (art. 81, parágrafo único, CPP).

A hipótese anteriormente mencionada diz respeito à reunião de processos conexos e/ ou continentes nos quais se definiu, como foro de atração, ou prevalecente, aquele do Tribunal do Júri, aplicando-se o disposto no art. 78, I, do CPP. Assim, a reuniã dos processos no Tribunal do Júri teria ocorrido em razão da alegada existência de crime doloso contra a vida entre os processos reunidos. Ora, com a desclassificação do crime doloso contra a vida (art. 410) para outro, não se poderia mais aplicar o critério do art. 78, I, impondo-se outro.

Não havendo recurso, então, os processos serão encaminhados ao juiz cujo foro for prevalecente em relação aos demais, pela aplicação da regra do art. 78 do CPP.

Todavia, nada impedirá que esse juiz discorde da posição daquele que declinou de sua competência, a menos que a questão já tenha sido solucionada pelo órgão de segunda instância, no julgamento de recurso em sentido estrito então interposto. Não sendo o caso, ele deverá suscitar conflito negativo de competência (art. 113, CPP).

Até aqui mencionamos os casos de desclassificação do crime feita pelo juiz sumariante, isto é, o juiz responsável pelo sumário de culpa nos procedimentos da competência do Tribunal do Júri. Trata-se de decisão prévia, antes do encaminhamento da questão ao referido júri popular.

Quando, porém, a desclassificação for decidida no próprio Tribunal do Júri, a lei prevê soluções um pouco diferentes.

No primeiro caso, de um único processo, aplicar-se-ia o disposto no art. 74, § 3º, c/c art. 492, § 1º, ambos do CPP. O julgamento do processo caberá ao Juiz-Presidente do Tribunal do Júri. Justificativa: aproveitamento de toda a instrução já realizada em plenário, em sessão presidida por aquele que irá sentenciar (identidade física do juiz).

No segundo caso, dever-se-á aplicar a norma contida no art. 492, § 2º, CPP, que tem o seguinte teor: "*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, o disposto no § 1º deste artigo*".

É dizer: na reunião de processos conexos, se o Tribunal do Júri desclassificar o

crime doloso contra a vida para outro que não o seja, caberá ao Juiz-Presidente o julgamento de todos os processos reunidos, desde que, é claro, nenhum deles seja doloso contra a vida. Não há mais razão alguma para se prosseguir no antigo debate acerca da possível aplicação do art. 81, *caput*, CPP, aos processos do Tribunal do Júri, já que a norma do art. 492, § 2º, esclarece em definitivo a matéria. E bem.

Hipótese diferente ocorrerá quando a decisão proferida no crime que definiu o foro prevalecente, isto é, o doloso contra a vida, for *absolutória*. Ora, em tal situação, o que estará ocorrendo é o próprio *julgamento do mérito* do crime, razão, aliás, da reunião dos processos naquela jurisdição. O júri estará, então, *julgando* os processos ali reunidos.

Assim, e como se viu, seja no caso de *um único* processo, seja na hipótese de *vários processos* reunidos, quando a desclassificação do crime doloso contra a vida partir do próprio Tribunal do Júri, a competência será sempre do Juiz-Presidente, para o completo aproveitamento dos atos processuais já realizados.

Resta observar que quando o caso for de desclassificação *imprópria*, a competência do Tribunal do Júri permanecerá, isto é, tanto o crime imputado inicialmente como aquele apurado pela desclassificação seriam dolosos contra a vida (homicídio para infanticídio, por exemplo).

Cumpre registrar, por fim, outro efeito que a desclassificação adotada por júri pode operar: a extensão da decisão em favor do corréu. Segundo o STJ (RHC n 67.383/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min Sebastião Reis Júnior, julgado em 5.5.2016, *DJe* de 16.5.2016), esta extensão deve ser feita independentemente de recurso ou nova decisão do Tribunal Popular, quando se trata de réus em condições idênticas (que concorreram no mesmo grau para a ocorrência do delito). Como se vê, a ofensa à necessidade de julgamento igualitário a réus que compartilhem a mesma situação é mais grave, ao sentir daquele Tribunal, do que a ofensa que tal decisão impõe à soberania dos jurados.

14.4.2.3 Impronúncia

Se a fase da instrução preliminar é reservada à identificação da existência, provável e/ou possível, de um crime da competência do Tribunal do Júri, nada mais lógico que se reserve ao juiz singular uma certa margem de convencimento judicial acerca da idoneidade e da suficiência do material probatório ali produzido.

Quando o juiz, após a instrução, não vê ali demonstrada sequer a existência do fato alegado na denúncia, ou, ainda, não demonstrada a existência de elementos indicativos da autoria do aludido fato, a decisão haverá de ser de *impronúncia* (art. 414, CPP).

A rigor, ao menos para a classificação de atos judiciais que adotamos, não se pode incluir a decisão de impronúncia entre as sentenças propriamente ditas. Tratar-se-ia, ao contrário, de decisão interlocutória mista, porque encerra o processo, sem, porém, julgar a pretensão punitiva, ou seja, sem implicar a condenação ou a absolvição do acusado.

No entanto, como nossa classificação dos atos processuais tem em mira a teoria dos recursos, isto é, da identificação dos recursos cabíveis, devemos incluir a decisão de impronúncia entre as sentenças, unicamente em atenção à opção legislativa (art. 416, CPP), cujos termos indicam que "*contra a* sentença *de impronúncia e de absolvição sumária caberá* apelação". E, como se sabe, não há apelação contra decisões interlocutórias.

Nos termos do art. 414, parágrafo único, do CPP, a decisão de impronúncia não impediria nova investida acusatória (denúncia), desde que ainda não extinta a punibilidade e desde que presentes novas provas.

Como já se percebe, a solução é de um artificialismo sem par.

Uma coisa é a rejeição da denúncia por ausência de lastro probatório mínimo, ou a não correspondência manifesta entre a imputação feita ali e o conjunto de elementos de prova até então existentes, por ausência de condição da ação (ou justa causa); outra, muito diferente, é a decisão de impronúncia, tendo em vista que essa, ao contrário daquela, é proferida somente após o esgotamento de instrução probatória, realizada em contraditório e com a ampla participação de todos os interessados.

Dizemos artificial porque talvez se queira justificar a possibilidade de nova persecução penal com fundamento na competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Nesse sentido, a improcedência da denúncia, ou impronúncia, não poderia impedir, definitivamente, a apreciação da matéria pelo órgão jurisdicional constitucionalmente competente.

Ora, é bem de ver, porém, que a própria lei, no mesmo momento procedimental, permite o afastamento da competência do Tribunal do Júri na hipótese de absolvição sumária. E, pior. Vimos que as hipóteses de absolvição sumária foram ampliadas (art. 415, I, II, III e IV, CPP). A diferença entre uma (impronúncia) e outra (absolvição sumária) se localizaria, então, na questão da suficiência ou não da prova colhida em juízo, em relação à segunda.

Por isso, estamos convencidos de que o parágrafo único do citado art. 414 configura verdadeira e inaceitável violação do princípio da vedação da *revisão pro societate*. Assim, de duas, uma: ou se acaba com a decisão de impronúncia, sob o fundamento da ausência de provas, remetendo o processo ao Tribunal do Júri em tais situações, ou não mais se admite também a absolvição sumária pelo juiz singular, na exata medida em que ambas terminariam por afastar a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.

Ainda sobre a possibilidade de afastamento da competência do Tribunal do Júri pelo juiz singular, poder-se-ia indagar se seria possível a esse juiz, na fase da pronúncia (e, então, da impronúncia), impronunciar o acusado quando entendesse ausentes o dolo e a culpa na ação causadora da morte da vítima.

A redação atual do art. 414 não deixa margem a dúvidas quanto a ser *negativa* a resposta. Ali, ao contrário do antigo texto do art. 409, não se fala em *crime*, mas em *fato*.

Nesse caso, segundo nos parece, o juiz jamais poderia impronunciar ou mesmo absolver a acusado, porquanto a aludida matéria, atinente ao elemento subjetivo da ação (dolo e culpa), deve ser reservada preferencialmente ao Tribunal do Júri. Aliás, pensamos que essa é, inclusive, uma das razões da existência do julgamento do homem pelos seus pares, ou seja, da existência do júri popular. Note-se que mesmo na

hipótese de absolvição sumária com base nas excludentes de ilicitude e de culpabilidade (art. 415, IV, CPP) não se nega a existência do dolo ou da vontade de realizar a ação. Reconhece-se, porém, ao lado dela, a existência de motivações e finalidades juridicamente relevantes na prática da ação, cuja prova, estreme de dúvidas, justificaria o afastamento daquele tribunal. As demais hipóteses do art. 415, I e II, sobretudo, configuram inconstitucionalidade manifesta por usurpação de competência constitucional.

É bem verdade que a tanto se poderia objetar com a só existência da possibilidade de desclassificação do delito, de *doloso* para *culposo*, o que significaria o exame do citado elemento subjetivo da conduta. Entretanto, a decisão de desclassificação não afasta a criminalidade do fato, além de permitir obrigatoriamente o seu reexame pelo juiz a quem forem remetidos os autos, do qual até poderá surgir eventual conflito de competência. Mas não é só. A nosso aviso, em tema de alteração do elemento subjetivo do tipo, é a possibilidade de desclassificação que apresenta problemas, e não a *vedação de impronúncia por ausência de dolo ou de culpa*.

Quando a decisão de impronúncia é obtida em grau de recurso, isto é, por meio de recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de pronúncia em primeira instância (art. 581, IV, CPP), a doutrina refere-se à *despronúncia*, cuja consequência jurídica, entretanto, e por óbvio, é a mesma (da impronúncia).

14.4.2.4 Pronúncia

Na impronúncia, como vimos, o fundamento da decisão é a ausência de provas da existência do fato, bem como de elementos indicativos da autoria.

Se assim é, o seu reverso, a pronúncia, há de exigir exatamente o contrário. Pronuncia-se alguém quando, ao exame do material probatório levado aos autos, pode-se verificar a demonstração da provável existência de um crime doloso contra a vida, bem como da respectiva e suposta autoria.

Na decisão de pronúncia, o que o juiz afirma, com efeito, é a existência de provas no sentido da materialidade e da autoria. Em relação à materialidade, a prova há de

ser segura quanto ao fato. Já em relação à autoria, bastará a presença de elementos indicativos, devendo o juiz, tanto quanto possível, abster-se de revelar um convencimento absoluto quanto a ela. É preciso considerar que a decisão de pronúncia somente deve revelar um juízo de probabilidade e não o de certeza.

É costume doutrinário e mesmo jurisprudencial o entendimento segundo o qual, nessa fase de pronúncia, o juiz deveria (e deve) orientar-se pelo princípio do *in dubio pro societate*, o que significa que, diante de dúvida quanto à existência do fato e da respectiva autoria, a lei estaria a lhe impor a remessa dos autos ao Tribunal do Júri (pela pronúncia). Na essência, é mesmo assim. Mas acreditamos que por outras razões. Parece-nos que tal não se deve ao *in dubio pro societate*, até porque não vemos como aceitar semelhante princípio (ou regra) em uma ordem processual garantista.

Não se pode perder de vista que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri, conforme exigência e garantia constitucional. Por isso, só excepcionalmente é que tal competência poderá ser afastada. Na fase de pronúncia, o que se faz é unicamente o encaminhamento regular do processo ao órgão jurisdicional competente, pela inexistência das hipóteses de absolvição sumária e de desclassificação. Essas duas decisões, como visto, exigem a afirmação judicial de certeza total quanto aos fatos e à autoria – por isso são excepcionais.

Não se pede, na pronúncia (nem se poderia), o convencimento absoluto do juiz da instrução, quanto à materialidade e à autoria. Não é essa a tarefa que lhe reserva a lei (com efeito, o STJ determinou a anulação da pronúncia que continha "excesso de linguagem" (AgRg no REsp 1.442.002/AL, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior 06.05.2015). Excesso de linguagem, ou "eloquência acusatória", ocorre justamente quando a pronúncia deixa transparecer de forma significativa um juízo de reprovação, ou ainda uma conclusão que seja mais aprofundada do que essa fase do processo permitiria. Esse entendimento foi confirmado pelo STF, no *RHC 127522/BA* E mais: a decisão menciona expressamente a impossibilidade do *envelopamento* da decisão, julgando necessária a anulação dela!). O que se espera dele é o exame do material

probatório ali produzido, especialmente para a comprovação da inexistência de quaisquer das possibilidades legais de afastamento da competência do Tribunal do Júri. E esse afastamento, como visto, somente é possível por meio de convencimento judicial pleno, ou seja, por meio de juízo de certeza, sempre excepcional nessa fase. Mesmo na impronúncia, que é fundada na ausência de provas, o juiz deve realizar exame aprofundado de todo o material ali produzido para atestar a sua insuficiência, já que, em princípio, não é ele o competente para a valoração do fato.

Por essas razões, dispõe o art. 413, § 1º, CPP:

"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."

E na linha de um processo já informado pelos sopros das garantias constitucionais, o art. 413, § 3º, CPP, exige que tanto a manutenção da prisão daquele que nela se encontrar quanto a decretação da prisão preventiva que se mostrar necessária naquele momento sejam motivadas judicialmente, com o que restou revogada não só a prisão decorrente de pronúncia (redação do art. 408), como, mais adiante, no art. 594 – esse revogado expressamente – a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Não obstante, o legislador tornou a criar hipótese de prisão automática após a sentença condenatória, quando o patamar de pena igualar ou superar 15 (quinze) anos. Mais será dito sobre a novidade, adiante.

De notar-se que o juiz pode também *substituir* a prisão eventualmente já decretada por outra medida cautelar que se mostre igualmente suficiente (art. 282, § 6º, CPP).

Diz ainda o citado art. 413, § 2º, que, se o crime for afiançável, o juiz deverá arbitrar fiança para a aplicação ou para a manutenção da liberdade provisória.

Ora, cumpre esclarecer que, a partir da Lei nº 12.403/11, e com a redação então da-da ao art. 310, *caput*, CPP (que foi modificada recentemente pela Lei 13.964/19, sem que, no ponto, se alterasse a norma), há outras alternativas à fiança, nada exigindo que o juiz a arbitre, se entender que uma ou outras medidas cautelares previstas no art. 319 e art. 320, CPP, sejam suficientes. É dizer: com as atuais regras

das cautelares pessoais, ser ou não ser afiançável a infração não implica obrigatoriamente a sua imposição. Ape-nas nos casos em que ela é expressamente vedada (art. 323 e art. 324, CPP) é que ela não poderá ser utilizada.

De outro lado, o art. 418, CPP, prevê, nessa fase de pronúncia, a possibilidade de aplicação da regra da *emendatio libelli* (art. 383, CPP).

A desclassificação mencionada no citado dispositivo, e de que ora nos ocupamos, é outra. Por meio dela se mantém a competência do Tribunal do Júri, por se tratar, ainda, de crime doloso contra a vida.

E tanto poderá ocorrer a *mutatio*, do art. 384, com modificação da imputação, quanto a *emendatio*, em que ocorre unicamente a *corrigenda* da acusação.

No primeiro caso, a previsão está no art. 411, § 3º, CPP, no qual se faz remissão expressa ao disposto no art. 384 do CPP, o que exigirá, sempre, aditamento pelo órgão do *parquet*, nova produção de provas.

No segundo caso, não. Na *emendatio* não há fato novo, mas apenas modificação da classificação do fato imputado. Por isso, dispensa-se a produção de quaisquer provas e/ou providências instrutórias.

A pronúncia, portanto, é a delimitação quase integral da matéria a ser submetida ao julgamento em plenário. Dela deverá constar, assim, a narração do fato delituoso, tal como ali reconhecido, incluindo as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento (art. 413, § 1º, CPP). As causas de privilégio e de diminuição da pena, bem como as atenuantes e agravantes, poderão ser reconhecidas ainda que não constantes da pronúncia.

Observa-se, no particular, que as circunstâncias qualificadoras devem ser articuladas na denúncia ou queixa, em função de se tratar de matéria atinente à classificação ou à tipificação do fato.

Cuida-se de decisão interlocutória mista, com o efeito de encerrar fase procedimental bem delimitada (o sumário de culpa), impugnável por meio de recurso em sentido estrito (art. 581, IV, CPP).

A apontada decisão não tem eficácia de coisa julgada, no ponto em que não

vincula o Tribunal do Júri, que poderá até mesmo desclassificar o crime para outro não incluído na sua competência. Não obstante, sujeita-se aos efeitos da preclusão. Assim é que, uma vez trancada a via recursal cabível, não poderá ser alterado o seu conteúdo, à exceção da superveniência de fato novo, suficiente, por si só, como dado concreto da realidade, a modificar a classificação jurídica do fato (art. 421, § 1º, CPP). Tal é o exemplo da morte da vítima, posterior à pronúncia, no qual se enquadrava o fato como crime de homicídio na forma tentada.

E somente após preclusa a via de impugnação da decisão de pronúncia (art. 421, CPP) é que terá seguimento o processo, em razão da prejudicialidade manifesta da matéria nela contida, em relação ao julgamento pelo Tribunal do Júri. De que adiantaria a sessão de julgamento em plenário se o recurso interposto contra a decisão de pronúncia fosse provido?

Uma observação final: se o juiz entender que existem nos autos elementos probatórios que revelam a autoria e/ou a participação de outras pessoas, não incluídas na denúncia, deverá ele remeter os autos ao Ministério Público para, no prazo de 15 (quinze) dias, promover o aditamento da peça acusatória (art. 417, CPP). Nesse caso, todas as diligências do sumário deverão ser repetidas para que se concretizem em relação aos novos acusados (e eventualmente para os réus primitivos) o contraditório e a ampla defesa.

Não concordando o *parquet* com o entendimento judicial, o único caminhado que se reconhece ao juiz é aquele do art. 28 do CPP.

Por fim, a intimação da pronúncia.

O processo não seguirá enquanto não intimado o réu da decisão de pronúncia.

Diz o art. 420, CPP, que a intimação da pronúncia será feita (a) pessoalmente ao réu, ao defensor nomeado e ao Ministério Público (I); (b) ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente da acusação, pela imprensa (II); e (c) por edital, o acusado solto não encontrado (parágrafo único, art. 420, CPP).

Como se vê, as modificações do procedimento do Tribunal do Júri não contemplaram a distinção entre crimes afiançáveis e crimes inafiançáveis, para fins

de intimação (anterior redação dos arts. 414/415).

À guisa de observação final acerca da pronúncia, pensamos que a hipótese não se enquadra no art. 366 do CPP. Ali, o que se cuida é da citação do réu. E como acreditamos que o citado art. 366 aplica-se a qualquer espécie de procedimento, se o processo tiver chegado à fase de pronúncia, é de se concluir que dele tomou conhecimento o acusado na época oportuna.

O procedimento deverá se encerrar no prazo máximo de 90 (noventa) dias (art. 412, CPP).

14.4.3 Da fase de julgamento

14.4.3.1 Da preparação do processo para julgamento em plenário

Estando preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao Juiz-Presidente do Tribunal do Júri (art. 421, CPP).

Com a Lei nº 11.689/08, o procedimento foi simplificado, não se prevendo mais o *libelo* e a *contrariedade* (contestação) a ele.

Devidamente intimadas a tanto, as partes, acusação e defesa, apresentarão o rol de testemunhas (5 (cinco) no máximo) que irão depor em plenário, bem como indicarão os meios de prova que ainda pretendem produzir, facultando-se-lhes a juntada de documentos (art. 422). Havendo assistente de acusação, deverá ele ser intimado, para que possa exercer as faculdades processuais indicadas no art. 271, CPP. Se o Ministério Público não tiver arrolado o número máximo de testemunhas, o assistente poderá completar o rol.

Eis um problema. Se houver a reunião de processos conexos, como sustentar que o número máximo de testemunhas seja aquele (de cinco)? É por isso que sustentamos que o limite de testemunhas é *para o fato* e não para a acusação ou a defesa, ou para cada processo. Todavia, como não se pode correr o risco de embaraçar o procedimento do júri, o ideal é que se promova a separação *facultativa* dos

processos, com fundamento no art. 80, CPP.

Naturalmente, como o julgamento será feito pelo Tribunal do Júri e não mais pelo juiz singular, salvo a hipótese de desclassificação, quando competirá ao Juiz-Presidente, devem as partes se ocupar do convencimento dos membros do Conselho de Sentença. Assim, não só a prova testemunhal poderá e deverá ser repetida, mas qualquer outra que tenha o mesmo propósito. A prova pericial, como é intuitivo, dispensará novo laudo, ao menos como regra. O que não impedirá que o(s) perito(s) oficial(ais), bem como eventuais assistentes técnicos já admitidos em juízo, sejam intimados para esclarecimentos acerca de suas convicções.

Em relação às testemunhas, observe-se que a parte poderá valer-se da cláusula da *imprescindibilidade* (art. 461, CPP). Se, intimada, ela não comparecer, será conduzida coercitivamente, podendo, ou não, ser adiado o julgamento para o primeiro dia desimpedido. No entanto, se ela não for encontrada no endereço indicado, após regulares diligências, certificadas pelo oficial de justiça, o julgamento será realizado sem ela.

Como as testemunhas residentes fora da comarca não têm o dever de para lá se deslocarem, a sua inquirição, quando necessária, será feita na forma de justificação, por carta precatória (GRECO FILHO, 1999, p. 421).

Feito isso, o Juiz-Presidente fará um*saneamento do processo*, resolvendo eventuais irregularidades e determinando as providências que se façam necessárias, incluindo a apreciação dos requerimentos apresentados pelas partes, admitindo ou indeferindo provas, após o que fará breve e resumido relatório do processo, enviando-o para inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

Como visto, e em razão das particularidades do Tribunal do Júri, bem como do Conselho de Sentença, formado por jurados sem o conhecimento do direito e das leis, o *judicium causae* deverá se desenvolver do modo mais simplificado possível.

A decisão de pronúncia, em que previamente se admitiu a presença de um crime da competência do Tribunal do Júri, é que delimitará o campo temático a ser apurado. Exige-se que a aludida decisão especifique as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento (art. 413, § 1º, CPP), dispensada a referência às privilegiadoras e

demais causas de diminuição, bem como as agravantes e atenuantes, aquelas (causas de diminuição) a serem objeto de quesitação (art. 483, IV, CPP), e estas (agravantes e atenuantes), de alegação nos debates, para fins de reconhecimento na dosimetria da pena (art. 492, I, *b*).

Relembre-se que, mesmo após a pronúncia, ou, melhor, mesmo após a preclusão da pronúncia, será possível a modificação da imputação, se houver fato superveniente que altere a classificação do crime (tentativa para consumação, por exemplo). Em tal situação, o Ministério Público deverá aditar a acusação, decidindo o juiz em seguida (art. 421, § 2º, CPP), como acréscimo à pronúncia. Em tese, será possível a interposição de recurso (em sentido estrito) da referida decisão. Havendo recusa do Ministério Público, pensamos deva o juiz dar prosseguimento ao processo, ainda que cabível a aplicação subsidiária do art. 28, CPP.

Não faremos aqui uma abordagem dos procedimentos tendentes à formação do júri nem ao seu funcionamento e organização. Tais matérias, a nosso juízo, não oferecem quaisquer dificuldades que a leitura dos dispositivos legais aplicáveis não solucione.

14.4.3.2 Do desaforamento

Nos termos do art. 427 do CPP, se o interesse da ordem pública o reclamar ou se houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu, o Tribunal (de segunda instância), a requerimento de qualquer das partes, incluindo o assistente de acusação, ou mediante representação do juiz, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não subsistam tais motivos, com preferência daquela mais próxima.

No Tribunal, o Relator, se entender relevantes os fundamentos, poderá determinar a suspensão do julgamento pelo júri, desde que o faça motivadamente. O Juiz-Presidente será ouvido acerca da providência, se não tiver sido ele o autor da solicitação de desaforamento.

Não se admitirá o desaforamento na pendência de recurso contra a pronúncia e nem quando já realizado o julgamento, a não ser em relação a fato ocorrido durante ou

após o julgamento então anulado. É dizer: quando fatos ocorridos durante o julgamento justifiquem a sua anulação, e, também, quando, por qualquer hipótese, tiver sido anulado o julgamento, ocorrer fato posterior que justifique o desaforamento.

Poderá ocorrer o desaforamento na hipótese de atraso superior a 6 (seis) meses na realização do julgamento, contados a partir do trânsito em julgado da decisão de pronúncia, quando fundado em excesso de serviço no foro judicial (art. 428, CPP).

Todavia, não se computarão no atraso as diligências, adiamentos ou incidentes de interesse da defesa (§ 1º). Curiosidade: a realização de diligências e a ocorrência de incidentes de interesse da defesa constituem medidas regulares no curso do processo, causando, por isso mesmo, excesso de serviço no foro. De todo modo, o tempo para a realização delas e deles foi excluído expressamente.

Todo cuidado será pouco na aplicação dessa norma. O desaforamento sempre causa tumulto no procedimento, sobretudo em relação à inquirição de testemunhas, cujo depoimento, via de regra, é de fundamental importância na solução da causa. Seria ponderável privilegiar-se a celeridade no julgamento em detrimento da instrução? A nosso aviso, nem sempre. Ou, mais que isso. Pensamos que a aplicação do aludido dispositivo deverá ser a exceção e não a regra, sempre com os olhos postos no eventual risco em relação à instrução do processo, que poderá ficar comprometida com o desaforamento.

Saliente-se, ainda, que o que é desaforado é o foro do *julgamento em plenário* e não aquele em que se desenvolve a instrução preliminar.

É de se registrar, ainda, em relação ao desaforamento, o entendimento consubstanciado na Súmula 712 do STF, que impõe a nulidade da decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa.

14.4.3.3 Jurados: recusas, imparcialidade

Como os jurados exercem função jurisdicional, também relativamente a eles deverá ser exigido o compromisso da imparcialidade.

Assim, valem em relação a eles as regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade previstas nos arts. 112, 252, 253 e 254 do CPP, aplicáveis aos juízes togados, além de outras previstas expressa e especificamente.

É o caso do impedimento em relação ao(s), (a) marido e mulher, (b) ascendente e descendente, (c) sogro e genro ou nora, (d) irmãos e cunhados, durante o cunhadio, (e) tio e sobrinho, (f) padrasto, madrasta e enteado, (g) pessoas que mantenham união estável reconhecida (oficialmente, acrescentaríamos nós) como entidade familiar (art. 448, CPP).

Os apontados vícios (impedimentos, incompatibilidades e suspeição) devem ser reconhecidos *de ofício* pelos jurados. Se não o forem, as partes poderão fazê-lo oralmente, "*decidindo de plano o presidente do Tribunal do Júri, que a rejeitará se, negada pelo recusado, não for imediatamente comprovada*" (art. 106, CPP). A exclusão dos jurados por impedimento, suspeição ou incompatibilidade não impedirá que eles sejam computados para a constituição do número legal, conforme o disposto no art. 451 do CPP.

Diz, ainda, o art. 449 que não poderá servir o jurado que tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo ou que tiver manifestado, previamente, disposição para condenar ou para absolver o acusado. Também não se aceitará o jurado que, havendo concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou outro ou outros acusados. Todas essas hipóteses dizem respeito à incompatibilização e de impedimento dos jurados.

Nos termos do disposto no art. 468, CPP, as partes poderão recusar imotivadamente até três jurados cada uma. Trata-se da denominada recusa imotivada ou peremptória, que não exige qualquer justificativa, dependendo apenas de livre escolha imotivada dos interessados (defesa e Ministério Público), a partir de considerações pessoais acerca de cada um dos jurados. Se forem dois ou mais réus, o art. 469 dispõe que poderá incumbir-se das recusas apenas um defensor, sendo abolida pela Lei nº 11.689/08 a cisão automática do julgamento, prevista anteriormente na antiga redação do art. 461 do CPP, que ocorria quando as recusas dos defensores dos réus não coincidiam.

Assim, a cisão de julgamentos dos réus, segundo as atuais regras trazidas pela Lei nº 11.689/08, somente ocorrerá se não for obtido o número mínimo de sete jurados para a formação do Conselho de Sentença (art. 469, § 1º). Nesse caso, deverá ser julgado aquele a quem tenha sido imputada a autoria, ou, no caso de coautoria, observa-se a ordem de preferência prevista no art. 429 do CPP. Curiosidade: e se os réus estiverem em total igualdade de situações, ou seja, o mesmo tempo de prisão, o mesmo tempo de pronúncia e acusação pelos mesmos fatos (autoria)? Aqui, qualquer solução poderá ser taxada de arbitrária. Ficamos, como regra, com o antigo critério, devendo ser julgado primeiro aquele que deu causa à separação dos processos (parágrafo único do antigo art. 461). Excepcionalmente, poder-se-ia adotar outro, como a idade dos réus, para o fim de se evitar eventual risco de extinção de punibilidade.

Do ponto de vista do Estado, a função de jurado constitui serviço público relevante e estabelece, em relação a ele, presunção de idoneidade moral. A Lei nº 12.403/11 extinguiu a prisão especial para o jurado, deixando-o de fazer em relação às demais pessoas arroladas no art. 295, CPP.

E mais. Constitui direito do jurado a preferência em licitações públicas e no provimento de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional e remoção voluntária (art. 440, CPP). Em tais situações, é claro, a preferência será observada desde que em igualdade de condições os candidatos.

E, por isso, a função de jurado é obrigatória e não pode ser recusada, imotivadamente, sob pena de multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos (art. 436, CPP), vedado também o não comparecimento em sessão (art. 442, CPP).

14.4.3.4 Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente, e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

Até o momento de abertura dos trabalhos da sessão, o Juiz-Presidente decidirá os

casos de isenção e dispensa dos jurados, bem como eventuais pedidos de adiamento.

O julgamento será adiado pelo não comparecimento do Ministério Público e do defensor técnico.

No primeiro, do Ministério Público, a única alternativa que se abre ao juiz é a comunicação do fato às instâncias correicionais daquele órgão, já que não existe a possibilidade de designação de promotor *ad hoc*, isto é, para o ato.

No segundo caso, de ausência do defensor técnico, o julgamento será adiado apenas uma vez, devendo o juiz intimar a Defensoria Pública, com antecedência mínima de 10 (dez) dias antes da nova sessão.

Haverá também adiamento do julgamento quando não se requisitar o réu preso, salvo quando ele e seu advogado requererem a dispensa de comparecimento (art. 457, § 2º, CPP).

De outro lado, não haverá adiamento pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado. Como o Ministério Público deve retomar a ação pública promovida pelo particular (ação privada subsidiária da pública) em caso de desídia deste, o julgamento poderá se realizar normalmente.

Comparecendo pelo menos 15 (quinze) jurados, o Juiz-Presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo a ser submetido a julgamento (art. 463, CPP). Não completado o aludido número mínimo, realizar-se-á o sorteio de suplentes, tantos quantos sejam necessários, designando-se nova data para a sessão do júri.

Os jurados devem permanecer incomunicáveis a partir do sorteio de seus nomes, sob pena de exclusão do Conselho de Sentença e multa de um a dez salários-mínimos (art. 466, § 1º, CPP). A propósito, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, entende não constituir quebra da incomunicabilidade dos jurados o fato de, logo após terem sido escolhidos para o Conselho de Sentença, utilizarem o telefone celular, na presença de todos, para o fim de comunicar a terceiros o respectivo sorteio, sem qualquer alusão a dados do processo (Ação Originária 1.047-1/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 28.11.2007).

Como muitas das questões levadas ao Tribunal do Júri dizem respeito a crimes praticados em razão de relações pessoais e afetivas existentes entre vítimas e agressores, a lei permite que a acusação e a defesa recusem determinados jurados. Cuida-se da chamada recusa *imotivada* ou *peremptória* a que já aqui nos referimos (item anterior), e para as quais não se exige qualquer justificativa, tudo a depender da sensibilidade e intuição dos interessados, à vista da formação cultural, intelectual, econômica e moral de cada jurado.

Repita-se, então, que as partes poderão recusar imotivadamente até três jurados cada uma, nos termos do art. 468, CPP. Segundo o disposto no art. 469, se os réus forem dois ou mais, poderão incumbir das recusas um só defensor. Se em razão das recusas não for obtido o número mínimo de 7 (sete) jurados, haverá separação dos julgamentos, julgando-se, em primeiro lugar, aquele a quem tenha sido imputada a autoria, ou, no caso de coautoria, observada a ordem de preferência do art. 429, CPP (réu preso, maior tempo de prisão etc.)

Como visto, na hipótese de pluralidade de réus, surgem alguns problemas até mesmo para a instalação da sessão.

É que a sessão somente se instala com o mínimo de 15 jurados (art. 442). Havendo mais de um réu, e todos eles dispostos a recusar três jurados, poderá não restar jurados para compor o Conselho de Sentença (sete jurados). O julgamento seria, então, adiado, necessariamente (art. 469, § 1º, CPP).

14.4.3.5 Da quesitação

As dificuldades de encaminhamento de questões jurídicas a pessoas sem conhecimento do Direito não são poucas.

Com efeito, nos procedimentos do Tribunal do Júri a apresentação de um quesito corresponde à formulação de uma pergunta. E o que é pior: uma pergunta cuja resposta será necessariamente *sim* ou *não*.

Não é por acaso que muitas anulações de processos do júri originam-se de equívocos tanto na formulação dos quesitos como na contradição das respostas.

Seja como for, não há como sair de tal encargo.

E como se trata da apresentação de todo o caso penal ao júri popular, impõe-se que os quesitos abranjam toda a matéria alegada pela defesa, em qualquer fase, além, é óbvio, da imputação da peça acusatória, nos limites, porém, da pronúncia.

Por isso, também a tese exposta pelo acusado por ocasião do interrogatório judicial, em qualquer fase (na instrução preliminar ou em plenário), deverá merecer um quesito específico, ainda que em aparente conflito com as teses apresentadas pela defesa técnica (art. 482, parágrafo único, CPP), além da matéria contida na pronúncia e decisões posteriores que admitiram a acusação, e daquele constante das alegações das partes, sobretudo as da defesa, nas quais se levantam objeções ao acolhimento da peça de acusação.

A Lei nº 11.689/08 trouxe grande simplificação na quesitação.

É a seguinte a ordem de quesitos:

a) sobre a materialidade do fato: isto é, sobre a existência do fato, nos limites em que imputado ao acusado. A indagação deverá abranger, sobretudo, o resultado, ou seja, a efetiva lesão ao bem jurídico, tal como narrado na acusação e reconhecido na pronúncia. A nosso aviso, deveria ser aqui o esclarecimento da forma consumada ou tentada do resultado. O art. 483, § 5º, contudo, estabelece que semelhante indagação deva ser feita apenas após o segundo quesito (da autoria e participação).

Pensamos que a quesitação acerca da materialidade deverá sofrer desdobramentos para conter fatos que possam ser qualificados como excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Pode parecer surpreendente e equivocado que se queira, já aqui, ao exame da materialidade, discutir questões atinentes à ilicitude e à culpabilidade.

O problema é que não há quesitação específica sobre tais matérias. E nem nos parece possível pretender que a resposta ao quesito III, acerca da absolvição do acusado, abarque todas essas questões. Mas, pode ser que seja essa mesma a ideia da reforma do júri, evitando-se ao máximo o desdobramento de quesitos, e, em consequência, eventuais nulidades daí decorrentes, conforme anota Andrey Borges de Mendonça, em seu *Nova reforma do Código de Processo Penal*, Ed. Método, 2008.

A se julgar pela literalidade do texto, portanto, não haverá quesitação sobre legítima defesa, excesso, excludentes etc. Inconvenientes do Tribunal do Júri, dispensado de fundamentação de suas decisões...

Como aqui se cuidará da materialidade do *fato* (*delituoso*), pensamos que todos os demais fatos, cuja existência esteja relacionada com o núcleo daquele (fato) criminoso, deverão restar explicitados.

b) sobre a autoria e a participação: aqui será preciso atentar à modalidade descrita na acusação e reconhecida na pronúncia. A imputação de *autoria e de coautoria* é diferente, evidentemente, da participação, na medida em que esta não abrange necessariamente os elementos do tipo, ressalvada a hipótese, por exemplo, da chamada autoria *de escritório* (na teoria finalista da ação), na qual a ação de participação pode ser entendida como de autoria, não envolvendo a realização dos elementos e circunstâncias do tipo.

São diferentes também as modalidades de participação, daí por que os quesitos, no particular, não podem se limitar à mera referência à ação de participação. De se atentar, então, com maiores e redobrados cuidados, às teses levantadas na defesa, nas quais se poderá pretender desqualificar a conduta imputada como espécie de participação, merecendo, por isso mesmo, indagação a respeito.

Evidentemente, o quesito acerca da autoria e da participação, não raramente, abarcará a questão atinente ao elemento subjetivo da conduta, ou seja, acerca do dolo ou da culpa. No entanto, a matéria poderá também ser melhor esclarecida na quesitação sobre possível desclassificação do crime para outro que não seja da competência do júri, a ser feito logo após o segundo ou terceiro quesito, se não encerrada a votação daquele (segundo).

c) se o acusado deve ser absolvido: essa a grande mudança no processo penal brasileiro, relativamente ao júri. Na verdade, é perfeitamente compreensível um quesito com esse grau de abstração e de subjetividade. Em uma jurisdição na qual a decisão dispensa motivações não há de espantar a possibilidade de solução imediata da causa, pela antecipação do convencimento do jurado.

Aliás, uma das razões para a justificação da instituição do júri certamente diz respeito à possibilidade de se permitir que o sentimento pessoal do jurado sobre a justiça ou não da ação praticada pelo réu expressasse a vontade popular. Fala-se em democracia no júri por essa razão: a substituição do direito positivo a cargo do juiz pelo sentimento de justiça do júri popular.

No âmbito, portanto, dessa especialíssima jurisdição, perfeitamente compreensível o quesito.

Um problema: se foi intenção do legislador incluir neste quesito da absolvição todas as questões relativas às excludentes de ilicitude e de culpabilidade, sobretudo as de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.), pensamos que o caminho escolhido não foi o melhor.

E isso porque, como já dissemos, o sentimento pessoal de justiça não conhece limites racionais, de tal maneira que o jurado pode, mesmo reconhecendo uma ação justificada, entender que o réu deve ser condenado. Como conter tamanha subjetividade sem o recurso ao quesito? E o excesso doloso ou culposo não será objeto de deliberação? E, como se sabe, não constituem matéria exclusiva da sentença (art. 492, CPP).

d) se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa: obviamente, apesar da ambiguidade do texto, a indagação é acerca da existência da causa de diminuição e não de causa alegada pela defesa. Ora, a pergunta há de se dirigir precisamente sobre a causa ou causas de diminuição ou de privilégio (privilegiadoras) apontadas na defesa.

E a nosso aviso, ainda que não alegada pela defesa, deve o quesito especificá-la, até porque se trata de diminuição obrigatória (legal) da pena. Evidentemente, deve vir antes de qualquer circunstância que possa aumentar a pena.

e) se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões a ela posteriores (ver, por exemplo, art. 421, § 1º, CPP), admitindo a acusação: de ver-se que as circunstâncias qualificadoras dizem respeito ao próprio tipo penal em que seja incurso o acusado, devendo constar

necessariamente da denúncia, ou ser incluída pela *mutatio libelli* (art. 411, § 3º, c/c art. 384, CPP).

Já as causas de aumento da pena são aquelas previstas em lei que determinam o acréscimo em percentuais da pena cominada (1/6; 2/3 etc.). O acréscimo resultante da continuidade delitiva pode ser considerado causa de aumento da pena, ainda que já esteja prevista no reconhecimento do referido concurso (art. 71, Código Penal), o mesmo ocorrendo em relação ao aumento decorrente do reconhecimento do concurso formal (art. 70, Código Penal).

Ambas, qualificadoras e causas de aumento, devem constar obrigatoriamente da decisão de pronúncia.

Seguindo a lógica do art. 483, esclarece-se, desde logo, as prejudiciais na quesitação.

Assim, se respondido negativamente por maioria (mais de três jurados) qualquer um dos dois primeiros quesitos (autoria e materialidade), estará encerrada a votação, com a absolvição do acusado.

Se positiva a resposta aos citados dois primeiros quesitos, será indagado dos jurados se eles absolvem o réu. Positiva que seja a resposta, estará igualmente encerrada a votação, com a absolvição do acusado.

Se negativa a resposta, segue-se na quesitação, indagando-se acerca dos quesitos quatro e cinco (inciso IV e inciso V).

Se houver a possibilidade de desclassificação do crime que afaste a competência do júri, ou mesmo havendo divergência sobre a tipificação do delito, será formulado um quesito sobre a questão, logo após o de número três (III, o de absolvição), salvo, evidentemente, se já estiver encerrada a votação com a resposta negativa aos dois primeiros quesitos (art. 483, § 4º, CPP).

A divergência ou o dissenso sobre a real tipificação do delito pode ocorrer, independentemente da pronúncia, já que as partes são livres para argumentarem como entender de direito. A defesa, então, tem o dever funcional de pleitear situações mais favoráveis aos interesses do réu, o que inclui a tese da desclassificação.

Como visto, as circunstâncias agravantes e atenuantes não constarão de quesitos, devendo ser reconhecidas por ocasião da sentença (art. 492, I, *b,* CPP).

Evidentemente, na apuração das respostas aos quesitos, poderá ocorrer relação de prejudicialidade entre uma e aquela que lhe é subsequente, como já antecipamos, com exemplos.

14.4.3.6 Da instrução em plenário

O novo procedimento no júri, por razão não explicada e nem explicável, difere da lógica do procedimento comum, no que diz respeito à inquirição do ofendido, se for o caso, de testemunhas e do interrogatório do réu.

Enquanto no procedimento comum (rito ordinário e sumário) as partes iniciam a inquirição, encerrando-a o juiz (art. 212, CPP), no procedimento em plenário a ordem é inversa, na linha do sistema anterior às reformas (Lei nº 11.689, Lei nº 11.690 e Lei nº 11.719, todas de 2008).

Diz o art. 473 do CPP, que a ordem da inquirição é a seguinte: o Juiz-Presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante (na ação privada subsidiária) e o defensor do acusado. As perguntas serão feitas diretamente às testemunhas. Quando partirem dos jurados, serão feitas por intermédio do Juiz-Presidente (§ 2º).

Já o interrogatório, também curiosamente, segue outra lógica, inversa (também) à do procedimento comum.

Segundo o art. 474, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, *nessa ordem*, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado. Não há, note-se, previsão de participação do Juiz-Presidente no ato.

Ora, nada obstante, e com o objetivo de unificar o rito de inquirição em todos os procedimentos, alinhando-os a um modelo de feições acusatórias, entendemos que deve ser observado o seguinte:

a) em qualquer interrogatório, as partes (Ministério Público, assistente, defesa) devem iniciar a inquirição, cabendo ao juiz complementá-lo, querendo;

b) as perguntas devem ser feitas diretamente, sem a mediação pelo juiz;
c) igual procedimento deve ser adotado em relação à inquirição do ofendido e das testemunhas (art. 212, CPP); as partes, diretamente, iniciam as perguntas, cabendo ao juiz a complementação que se fizer necessária. As testemunhas de defesa serão inquiridas primeiro pelo defensor, seguindo-se o Ministério Público e o assistente.

No interrogatório, a inquirição deve iniciar-se com o Ministério Público, já que se trata, essencialmente, de um meio de defesa do acusado.

No ponto, pensamos que deverá ser evitada ao máximo a adoção, no Tribunal do Júri, do interrogatório por videoconferência, tal como previsto na Lei nº 11.900/09 (art. 185, § 2º). Os transtornos seriam de maior monta que nos procedimentos realizados perante o juízo singular, em razão das peculiaridades de um julgamento no qual se forma o convencimento judicial (do júri) sem o dever de motivação. Assim, bastaria a justificativa oficial para o não deslocamento do preso (art. 185, § 2º, I, CPP) para incutir no júri a ideia de sua culpabilidade. A medida, então, deve ser evitada a todo custo.

De outro lado, não se queira argumentar com a suposta aplicabilidade do disposto no art. 185, § 1º, CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.900/09, que prevê a realização do ato em sala própria do presídio. Ora, como fazer isso em um procedimento que envolve tantas pessoas? Impossível e inaplicável, aqui também. Ver, sobre o tema, nossas considerações expendidas ao item 9.2.1.3.

É como interpretamos as atuais regras, dando-lhes unidade e coerência interna no âmbito de uma necessária sistematização da matéria.

As partes poderão requerer o esclarecimento da prova pericial, desde que o façam com antecedência mínima de dez dias (art. 159, § 5º, I, CPP). No julgamento, poderão requerer a acareação de testemunhas, o reconhecimento de pessoas, bem como quaisquer provas de idêntica natureza.

Aliás, havendo necessidade de comprovação de fato essencial ao julgamento e a diligência não puder ser realizada imediatamente, o juiz dissolverá o Conselho,

ordenando a sua realização, que pode consistir, inclusive, na produção de prova pericial (art. 481, CPP).

A apresentação de documentos deve ser feita com antecedência mínima de três dias úteis (art. 479, CPP), vedada a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias ou outro meio assemelhado, versando matéria *de opinião* submetida aos jurados. Naturalmente, a proibição não se estende ao material que seja considerado meio probatório lícito (considerou-se como tal, a nosso ver sem razão, a leitura da condenação de corréu em julgamento anterior – RHC 118006/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 10.02.2015. Argumentou-se que não houve comprovação de que o documento foi empregado como "argumento de autoridade" tampouco de prejuízo insanável à defesa. Ora, diante dos julgadores *leigos* que compõem o Conselho de Sentença, parece-nos inevitável a influência que uma condenação proferida por um *magistrado* a respeito de um *corréu* incutirá no desfecho do julgamento. O prejuízo, nessas circunstâncias, seria presumido).

Não se permitirá o uso de algemas durante a realização do julgamento em plenário, salvo quando necessário para a preservação da segurança dos presentes (art. 474, § 3º, CPP).

Como vimos (item 11.9), o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 11 de sua jurisprudência, nos seguintes termos:

"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."

Correta a essência do enunciado, no que se refere ao uso de algemas. Mas, equivocada a consequência da anulação do julgado que lhe serviu de base, ao menos enquanto *precedente jurisprudencial* (RHC no 56465 – HC no 71195 e HC no 89429). O Decreto nº 8.858/16 remedia parcialmente a situação, posto que torna lei a parte que reputamos correta do enunciado, e omite-se – de forma clara, a nosso ver! – a respeito da responsabilização do agente envolvido e da anulação do ato processual que ensejou a utilização das algemas.

Ora, se é mesmo possível supor-se a contaminação dos jurados – que, como se sabe, não têm dever de fundamentação de suas decisões – pela utilização das algemas em plenário, porque não se anular a maioria esmagadora dos julgamentos no júri, quando presos os acusados? Os uniformes de presidiários não imporiam juízos de *desvalia* em relação aos réus?

E mais. Quando efetivamente necessária a utilização das algemas em plenário, conforme reconhece tal possibilidade a citada Súmula, não estaria inapelavelmente e ainda mais contaminado o corpo de jurados? Veja-se: se o uso de algemas depende de risco à integridade dos presentes, quem absolverá o acusado *justificadamente* algemado?

A questão, portanto, não é essa. E nem passa perto do uso ou não de algemas em plenário. O problema é o próprio Tribunal do Júri, que não se vê na necessidade de justificar suas decisões! Problema real e concreto. Mas, opção do constituinte de 1988... Não há como especular *psicanaliticamente* sobre a contaminação dos jurados por quaisquer motivos externos. Eles podem estar presentes mesmo, e, de maneira geral, são incontroláveis. Qual jurado terá liberdade para julgar o casal Nardoni, vitimado como culpado na mídia escrita e falada? Qual a solução? Transferir o julgamento para o juiz singular? Evitar o julgamento?

Uma última pergunta: o uso de algemas será sempre *qualitativamente* superior aos meios de prova produzidos na ação penal?

Sigamos.

Após a instrução, seguem-se os debates, com previsão de sustentação da acusação e da defesa, de réplica e tréplica, reservando-se o prazo de hora e meia e de uma hora para cada ato, respectivamente (art. 477, CPP). Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, o tempo será dividido. Havendo mais de um acusado, eleva-se o prazo de acusação e de defesa em uma hora, bem como da réplica e da tréplica, em igual medida (uma hora).

Constitui matéria vedada aos debates orais: (a) a referência aos termos da pronúncia, salvo quando relativo à questão de direito (inexistência de causa de

aumento ou qualificadora, por exemplo); (b) o silêncio ou a ausência do acusado em plenário (art. 478, CPP).

Os jurados, em razão da regra da incomunicabilidade, não poderão manifestar a sua opinião sobre o caso nem entre si nem com terceiros.

Não haverá também suspensão da sessão, a não ser pelo tempo necessário à alimentação e ao repouso dos jurados.

Aos jurados reserva-se o direito de consulta aos autos do processo e de exame dos instrumentos do crime, bem como a faculdade de requerimento de provas (art. 473, § 3º, CPP).

No ponto, fazemos em relação aos jurados as mesmas observações que fizemos em relação à iniciativa probatória do juiz, a fim de se evitar que o julgador possa substituir a atuação do órgão ministerial na produção da prova (ver item 9.1.2).

Concluídos os debates, e estando os jurados habilitados ao julgamento, o juiz lerá os quesitos, explicando o respectivo conteúdo e finalidade.

Havendo contradição insuperável entre as respostas, o juiz deverá repetir a operação, esclarecendo aos jurados a razão e os pontos de contradição (art. 490, CPP).

A seguir, o juiz lavrará a sentença, obedecendo às regras dispostas no art. 492 do CPP.

Na hipótese de absolvição, o réu será posto imediatamente em liberdade, independentemente de se tratar de crime inafiançável, encontrando-se inteiramente revogada a ressalva prevista no art. 492, II, *a*. Mais uma vez: apenas a redação originária do nosso Código de Processo Penal previa importante distinção entre a afiançabilidade e a inafiançabilidade da infração penal, disso resultando a proibição total da restituição da liberdade (casos de inafiançabilidade) ou a sua autorização sempre mediante fiança. Hoje, e, sobretudo, com a Lei nº 12.403/11, sempre caberá a imposição de uma ou mais medida cautelar (art. 319, art. 320 e art. 310, § 1º, CPP), independentemente dessa vetusta denominação.

Se da decisão dos jurados resultar a desclassificação do crime para outro que não

se inclua na competência do Tribunal do Júri, caberá ao Juiz-Presidente proferir a sentença (art. 492, § 1º), o mesmo ocorrendo em relação aos crimes conexos, que não sejam da competência do júri (art. 492, § 2º, CPP).

Por fim, uma observação acerca de eventual subordinação do Juiz-Presidente às decisões do Tribunal do Júri, na hipótese de desclassificação (art. 492, § 2º, CPP).

No que respeita à decisão propriamente dita (de desclassificação), o Juiz-Presidente não poderá discordar da decisão, no ponto em que ela afirma não se tratar de crime doloso contra a vida. A competência para semelhante conclusão é mesmo do júri popular. Mas apenas quanto a isso – que, aliás, não é pouco. Assim, se, na desclassificação, o tribunal afastar o dolo, pensamos que o Juiz-Presidente não poderá reconhecê-lo na nova definição jurídica que der ao fato.

Ainda nesse caso, de desclassificação, a resposta positiva aos quesitos de materialidade e autoria não impedirá a absolvição do acusado, quando do julgamento do fato pelo Juiz-Presidente. E isso por razões até muito simples. É que o reconhecimento posterior da incompetência do júri para o julgamento da matéria afasta qualquer efeito que se queira atribuir à referida decisão. A soberania das decisões do júri somente tem lugar quando proferidas em julgamento de crimes dolosos contra a vida. A ordem de distribuição dos quesitos somente é relevante para o fim de julgamento do caso pelo júri popular. Do contrário, será irrelevante, quando dela resultar incompatibilidade lógica, como é o caso que acabamos de analisar.

No primeiro caso, de afastamento do dolo, é de se notar que aludida questão diz respeito às funções jurisdicionais daquele tribunal, na medida em que é a ele que se reserva tal valoração, como antecedente necessário à definição de sua competência. A matéria, aliás, integra a definição do crime da competência do júri (crime doloso contra a vida).

No segundo, do reconhecimento da materialidade e da autoria do fato, referida decisão é irrelevante pelo fato de a matéria não se incluir na sua competência, desde que afastada (pelo Tribunal do Júri) a hipótese de crime doloso contra a vida.

Atente-se para as disposições do art. 497 do CPP, que cuida das atribuições do Juiz-Presidente, dentre as quais a de

"determinar, de ofício ou a requerimento, as diligências destinadas a sanar nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento dos fatos (XI); nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, dissolvendo o Conselho e designando nova data (V), bem como resolver as questões incidentes que não dependam de pronunciamento do Júri (IV)".

Por fim, contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, caberá recurso de apelação, nas hipóteses previstas no art. 593, III, conforme se verá no Capítulo 16 relativo a recursos. Adiante-se, porém, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de recurso de apelação de decisão proferida pelo Tribunal do Júri, se houver impedimento declarado de mais da metade dos membros do Tribunal de Justiça (ou do respectivo Tribunal Regional Federal), com esteio no art. 102, I,*n*, da Constituição Federal. Nesse sentido: Ação Originária 1.047-1/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 28.11.2007.

De maneira abertamente contrária à atual posição do STF, a Lei 13.964/19 alterou o CPP para autorizar que, no caso de condenação pelo tribunal do júri a uma pena (fixada pelo juiz) igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, seja determinada a *execução provisória das penas*, independentemente dos recursos que venham a ser interpostos (art. 492, I, e do CPP). Nos §§ 3º a 6º foram estabelecidas algumas regras excepcionando essa execução (provisória) das penas, porém.

Em síntese:

1) pode-se suspender a execução provisória da pena se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação (§ 3º);
2) embora a apelação interposta contra decisão condenatória do tribunal popular a uma pena superior a 15 (quinze) anos não tenha efeito suspensivo (§ 4º), também excepcionalmente poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo (§ 5º) quando verificado, de forma cumulativa, que o recurso não tem efeito protelatório e, também, traz questão substancial que pode resultar em absolvição, anulação de sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão;

3) esse pedido de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação o por meio de petição dirigida ao relator (no tribunal, para onde irá ou já esteja o recurso), instruindo-se com cópias da sentença condenatória, das razões de apelação, de prova de sua tempestividade, das contrarrazões e das demais peças que sejam consideradas relevantes para a compreensão da controvérsia (§ 6º).

Como visto, a lei traz hipóteses com conceitos bastante indeterminados e subjetivos. O que seria uma questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação? Ou então como se compreenderia o requisito cumulativo de demonstração de que o recurso interposto traz (também aqui) questão substancial que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 anos? Quais critérios seriam utilizados para aferir esses "requisitos" que poderiam ensejar a não execução (provisória) da condenação igual ou superior a 15 anos imposta em razão do veredito do tribunal popular?

Enfim, ao trazer discutível possibilidade de execução de penas iguais ou superiores a 15 anos, excepcionando-se ainda a aplicação mediante presença de hipóteses com conceitos bastante indeterminados e subjetivos, a legislação efetivamente trouxe um complicador maior ainda.

De qualquer modo, a norma parece se apoiar em antigo entendimento do STF, que possui precedentes no sentido de que não violaria a presunção de inocência a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso.

Mesmo com a limitação dessa possibilidade agora a uma sanção igual ou superior a 15 anos, o argumento central daquele tribunal (então utilizado para admitir a execução de toda e qualquer pena imposta decorrente de veredito popular) é que, ante a soberania do júri, não caberia ao tribunal de apelação reapreciar os fatos e provas. Assentou-se a tese de que: "A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de

inocência ou não culpabilidade".

Independentemente da soberania dos veredictos do júri, defendemos que há que se compatibilizar esse vetor com os demais, notadamente o duplo grau de jurisdição. Não se pode perder de vista que o tribunal popular é composto de pessoas leigas e, nessa linha, existe a possibilidade (quiçá mais real) de erros na apreciação dos fatos e provas. Para reduzir essa possibilidade (do erro) é que se garante o duplo grau de jurisdição (como regra, salvo naquelas situações incompatíveis, como da prerrogativa de foro perante o Plenário do STF, por exemplo).

A soberania da decisão do tribunal popular precisa ceder, nesse momento, sob a ótica da possibilidade de execução da pena, à garantia mínima do uso de um recurso (facultativo que sempre é) em grau ordinário de apelação (raciocínio que não se aplica quando se tratar de competência originária de tribunais formada por juízes togados).

Prosseguindo, não descartamos a possibilidade de construção da tese jurídica de que, com a condenação pelo tribunal do júri a uma pena igual ou superior a 15 anos, *sempre a depender do caso concreto e da devida fundamentação*, seria possível cogitar de estarem (agora, com a condenação) presentes os requisitos da prisão preventiva. Mas impor a execução provisória automaticamente, e como regra, vai uma distância muito larga.

Não bastasse, em 7.11.2019, por maioria de 6x5 votos (antes da aprovação e sanção da Lei nº 13.964), julgando procedentes as ADCs 43, 44 e 54, o STF retornou à posição anterior no sentido da impossibilidade da execução das penas enquanto não exauridas todas as instâncias recursais, reconhecendo a constitucionalidade do disposto no art. 283 do CPP. Nessa linha, cremos que não há outra solução senão reconhecer que essas novas regras *violam o princípio constitucional de inocência*, na medida em que, antes do trânsito em julgado, somente se poderá cogitar de prisão quando devidamente justificada a cautelaridade da medida (arts. 283, 312, § 2º e 315, todos do CPP).

14.5 Dos Juizados Especiais Criminais

14.5.1 Considerações gerais

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, instituiu os Juizados Especiais Criminais, com competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos de seu art. 60.

A referida lei, cumprindo, aliás, o comando do art. 98, I, da CF, deve ser interpretada no contexto de um movimento despenalizador, ou, ainda mais especificamente, desencarcerizador (tais são os seus propósitos). Esse movimento, consolidado na Lei nº 9.714/98, amplia a aplicação das chamadas penas alternativas, procura afastar, o quanto possível, a imposição da pena privativa da liberdade.

Na realidade, o problema penitenciário e prisional não é uma característica dos países denominados periféricos ou em desenvolvimento. O drama causado pela superpopulação de encarcerados e pelas condições desumanas de cumprimento das penas demonstra o desencanto com as prometidas funções destinadas às sanções penais e a consequente falência de todo o sistema punitivo de privação da liberdade.

Aliás, o problema da legitimação do Direito, em um mundo de grande variedade e complexidade de ordens e desordens econômico-sociais, não é um fenômeno exclusivo do Direito Penal, envolvendo, ao contrário, a maioria das relações jurídicas entre o Estado e seus administrados.

Nesse sentido, quaisquer medidas que tenham como ponto de partida essa realidade, e, com isso, busquem alternativas para as questões penais, devem ser recebidas, no mínimo, com boa vontade.

A nosso aviso, mais que isso, a Lei nº 9.099/95 inaugurou um novo modelo processual no Brasil, que até então sempre convivera com o antigo sistema penal condenatório.

A partir dela, e como alternativa ao modelo condenatório de processo, cuja característica é a imposição das penas, existe outra solução para determinadas infrações penais. Podemos, então, falar em um modelo consensual de Justiça e de processo penal, por meio do qual a escolha da sanção estatal poderá contar com a participação do acusado, desde que com a intervenção, indispensável, de um

advogado, constituído ou designado pelo Estado.

O modelo consensual de Justiça, sobretudo quando ainda atrelado à imposição de penas, abre-se a críticas de toda ordem. A informalidade e a preocupação com a funcionalidade do sistema (consensual) podem atingir níveis perturbadores de irracionalidade.

Em tema de processo penal, em que o que está em risco é a liberdade individual, ou os direitos e garantias tradicionalmente assegurados, a questão pode ser dramática.

A pressa e a informalidade com que as questões podem ser tratadas – e a realidade demonstra tal incidência – nos Juizados, com os olhos voltados para a eficiência e a rápida satisfação dos interesses em conflito, podem ser altamente nocivas à realização da Justiça Penal. Todo o cuidado é pouco, sobretudo no que se refere à atuação dos órgãos do Ministério Público e do Judiciário, responsáveis, cada um à sua maneira, pela administração dos Juizados.

Ainda que assim seja, pensamos que os Juizados Especiais Criminais vieram para ficar. E devem mesmo ficar.

O primeiro passo na solução, ou, pelo menos, na amenização dos riscos que a informalidade traz, é, segundo nos parece, a interpretação restritiva a ser dada aos institutos da transação e da execução penal. E o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nessa linha de entendimento ao proibir a conversão da pena de multa ou da pena restritiva de direitos em pena privativa da liberdade (STF – HC nº 78.200, Rel Min. Otávio Gallotti, em 9.3.1999).

Também a legislação posterior à instituição dos Juizados veio a alterar sensivelmente a matéria, quando proibiu, expressamente, para quaisquer crimes, e em qualquer juízo, a conversão da pena de multa em pena privativa da liberdade. Foi o que ocorreu com a Lei nº 9.268/96, que alterou o art. 51 do CP, em que se estabelece que a pena de multa constituirá dívida de valor, a ser objeto de execução como se fosse dívida fiscal (a Lei 13.964/19 modificou a redação do dispositivo para esclarecer que a multa será executada perante o *juiz da execução penal*, o que legitima o Ministério Público para a sua cobrança. Ainda assim, o texto da norma é enfático ao afirmar que a multa continua sendo dívida de valor, e permanecem

aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública – inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição).

Evidentemente, se proibida a conversão da pena no juízo comum, com muito mais razões estará também proibida no âmbito dos Juizados, a par de a própria Lei nº 9.099/95 estabelecer que a citada conversão seria ainda definida em lei (art. 85). Com isso, o risco à liberdade individual foi (e encontra-se) sensivelmente reduzido, preservando-se a garantia do contraditório e da ampla defesa, bem como a necessidade de condenação judicial como pressupostos da imposição de pena privativa da liberdade.

Nessa linha de compreensão, a Lei nº 12.403/11, que trata das atuais medidas cautelares pessoais, diversas da prisão, insere-se também nesse contexto descarcerizador, ampliando o leque de alternativas para a proteção da efetividade do processo, sem recorrer à privação da liberdade.

14.5.2 Infrações de menor potencial ofensivo

Segundo o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 11.313, de junho de 2006, consideram-se infrações de menor potencial as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Para registro histórico, apenas: a legislação de regência da matéria iniciou denominando de menor potencial ofensivo os crimes e contravenções penais cujo máximo de pena não fosse superior a 1 (um) ano. Essa a antiga redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95, que, aliás, também ressalvava da competência dos Juizados as infrações que estivessem submetidas a procedimentos especiais.

Posteriormente, então, a Lei nº 10.259/01 cuidou de ampliar o teto da potencialidade lesiva, modificando para dois anos o limite máximo de pena dos juizados especiais. A aludida lei trata da criação e regulamentação dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal.

A partir daí, praticamente houve consenso na doutrina e na jurisprudência –

ressalvadas uma ou outra divergência – quanto à possibilidade de aplicação da Lei nº 10.259/01 também nos Juizados Estaduais, já que o critério de graduação da lesividade não poderia ser encontrado na competência da jurisdição (estadual ou federal) e sim nos critérios da lei, que, no caso, fazia remissão à quantidade de pena cominada.

A competência dos Juizados Especiais Criminais, então, deve ser fixada pelo grau de pena cominada no tipo, ressalvadas unicamente as previsões legais em sentido contrário, de modo expresso, caso, por exemplo, da Lei nº 11.340/06, que cuida da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, cujo art. 41 prevê a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 aos delitos ali mencionados.

A Lei nº 11.313/06 também esclarece que a competência dos Juizados Especiais Criminais poderá ser afastada nas hipóteses de conexão e de continência, regras de modificação da competência territorial que já vimos. É ver a redação dos parágrafos únicos dos arts. 60 e 2º das Leis nos 9.099/95 e 10.259/01, respectivamente: "*parágrafo único: na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e de continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis*".

Obviamente que nem a gravidade dos crimes conexos e/ou continentes que determinarem a atração do foro (arts. 78 e seguintes, CPP) poderá impedir a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 aos crimes de menor potencial ofensivo ali reunidos, e, de outro lado, nem se exigirá a referida aplicação (das Leis nos 9.099/95 e 10.259/01) para os delitos mais graves. Nem uma coisa, nem outra; transação e composição civil para as infrações de menor potencial ofensivo e o procedimento correspondente a cada uma para os delitos de maior gravidade.

Aliás, eis aqui uma questão bastante interessante, a reclamar a atenção de todos, diante da diversidade de suas implicações.

Fala-se, com boa dose de razão (a depender, porém, de algumas considerações), que a competência dos Juizados Especiais Criminais constituiria espécie de competência absoluta, porque manifestação de competência em razão da matéria (STJ – CC 34.586/MG, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 27.11.2002).

A nosso aviso, semelhante ponto de vista só estaria correto para aqueles que entendiam que a transação penal (art. 76), bem como a composição civil, com efeitos penais – renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, Lei nº 9.099/95) –, somente poderia ter aplicação nos Juizados Especiais Criminais. Por esse raciocínio a ausência de oportunidade ao réu à utilização do processo conciliatório violaria, com efeito, as garantias do devido processo legal.

No entanto, com a Lei nº 11.313/06 (art. 60, parágrafo único, Lei nº 9.099/95, e art. 2º, parágrafo único, Lei nº 10.259/01) eventuais objeções parecem inteiramente afastadas.

O princípio do juiz natural tem assento constitucional, revelando a preocupação do constituinte com a necessidade de vedação do juiz de exceção e do julgamento do processo por juiz materialmente competente, ou seja, juiz com competência para o respectivo direito material. Na ideia de juiz materialmente competente pode-se (e deve-se) incluir a competência por prerrogativa de função, que traduz também uma competência de jurisdição, originada na Constituição da República e fundada na exigência de julgamento por órgão colegiado.

Até aí, nenhuma dificuldade, tendo em vista que o art. 98 da Constituição prevê a criação dos Juizados Especiais Criminais, com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencialidade ofensiva (art. 98, I).

Entretanto, é de se notar que, embora prevista constitucionalmente a sua criação, com a exigência de rito procedimental mais célere, ali não se estabeleceu:

a) nenhuma privatividade dos Juizados para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, como facilmente se percebe da leitura do art. 98, I, CF;
b) qualquer competência material, rigorosamente falando, isto é, em razão do direito material, que pudesse exigir a criação de uma Justiça especializada. O que é especializado nos Juizados é o rito procedimental e a possibilidade de transação penal, consoante os termos do art. 98, I, da Constituição.

E é exatamente por isso que ninguém ainda se insurgiu contra o disposto no art. 66

da Lei nº 9.099/95, cujo parágrafo único estabelece: "*Parágrafo único: não encontrado o acusado para ser citado, o juiz encaminhará as peças existentes ao juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei*."

Ora, eis aqui uma indagação a exigir pronta resposta: que espécie de juiz natural é esse que tem sua competência condicionada à citação pessoal do acusado, ou à menor complexidade da produção probatória, conforme o disposto no art. 66 e no art. 77, § 2º, ambos da Lei nº 9.099/95? E condicionado também à inexistência de conexão e continência com crimes mais graves? O que realmente importa é a presença do acusado e a facilidade da prova para a definição da competência de jurisdição? Se a resposta for afirmativa, tudo quanto se disse, aqui e acolá, sobre o princípio ou garantia do juiz natural terá virado pó.

O que deve ser exigido, enquanto garantia individual do acusado, é a aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados, ou, em outras palavras, a oportunidade de atuação do processo consensual, antes do processo condenatório, quando se estiver diante de infração penal de menor potencialidade lesiva.

Os Juizados Especiais, portanto, têm a grande vantagem de ser um órgão jurisdicional previamente estruturado para a aplicação das medidas previstas na Lei nº 9.099/95. Isso não significa, porém, que seja a única jurisdição a tanto legitimada, como, aliás, e repita-se, se observa no art. 60 da referida Lei, no ponto em que ela faz a ressalva expressa de outras competências para as hipóteses de conexão e de continência.

Por isso, mesmo as infrações penais eleitorais, por exemplo, se submeterão às regras da transação, embora se saiba inexistir qualquer Juizado Especial *Eleitoral*.

Então, como sempre sustentávamos, e atualmente por força de lei expressa, no caso também de eventual conexão entre infrações consideradas de menor potencial ofensivo, da competência do Juizado Especial Criminal, e outras da competência do juízo comum ou do Tribunal do Júri (é nesse sentido também o disposto no art. 492, § 1º, CPP), as aludidas infrações serão julgadas fora do Juizado.

Eventuais dificuldades procedimentais, e elas existem mesmo, não podem impedir a adoção da solução mais favorável ao réu, como se a forma fosse sacramental, em

detrimento do conteúdo. Aí, sim, o fetichismo procedimental ultrapassaria qualquer medida do razoável.

Quanto aos recursos, por exemplo, e aqui se localizariam os verdadeiros problemas, na hipótese de aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/95 fora dos Juizados (por quaisquer razões – ausência de citação pessoal, complexidade da prova e/ou conexão e e/ou continência, segundo os arts. 60, parágrafo único, 66 e 77, § 2º), pensamos ser possível a manutenção da hierarquia de jurisdição, devendo conhecer o tribunal com competência recursal sobre o juízo que tiver processado a infração. Nesse caso, o recurso cabível seria aquele previsto na própria Lei nº 9.099/95 (art. 76, § 4º), apenas para as infrações ali previstas, embora diferente o órgão revisor.

Mas não é só. Há ainda mais a ser analisado em relação ao que pode ser considerado infração de menor potencial ofensivo.

A Lei nº 9.503/97, por exemplo, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, prevê a possibilidade de transação penal para o crime de lesão corporal culposa no trânsito, conforme art. 291, § 1º, com redação dada pela Lei nº 11.705/08), exceto se o agente estiver (a) sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência (I); (b) participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente (II); e (c) transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora (III).

De outro lado, e ampliando as hipóteses de transação penal, a Lei nº 10.741/ 03, o chamado Estatuto do Idoso, cujo art. 94, tem a seguinte previsão: "*Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa da liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099/95*."

Observe-se, em relação ao Estatuto do Idoso, que o fato de se atribuir a tais infrações os procedimentos previstos nos Juizados Especiais não implica, nem de longe, que, a partir daquela lei (Lei nº 10.741/03), seriam considerados crimes de menor potencial ofensivo todas as infrações penais cujo máximo da pena privativa prevista não ultrapasse quatro anos. Aliás, prova-o o disposto na Lei nº 12.461/11,

que, modificando a Lei nº 10.741/03, exige dos agentes de saúde e sanitários a notificação compulsória de violência física ou moral praticada contra idosos.

A regulamentação da matéria é absolutamente especial em relação às demais, tanto no que respeita ao universo próprio dos participantes das relações sociais, individuais, coletivas, que envolvem os idosos – vítimas e agentes dos crimes –, quanto ao tratamento jurídico que abrange tais situações.

No julgamento da ADI 3096/DF, o Supremo Tribunal Federal, julgando parcialmente procedente a ação, deu *interpretação conforme* (a Constituição) ao mencionado art. 94 do Estatuto do Idoso, para somente admitir a aplicação das normas *processuais* previstas na Lei nº 9.099/95, rejeitando a possibilidade de transação penal aos autores dos delitos contra o idoso (STF – ADI 3096/DF, Pleno Rel. Min. Cármen Lúcia, 16.6.2010).

Observe-se, por exemplo, que, especificamente para aqueles delitos (previstos na Lei nº 10.741/03), nem sequer será aplicado o disposto nos arts. 181 e 182 do CP, relativos à isenção de pena para os cônjuges, na constância do casamento, e do ascendente ou descendente (art. 181, CPP), e da necessidade de representação para a ação penal contra determinados parentes (art. 182, CPP), quando se tratar de crimes contra o patrimônio. É que, de modo geral, as infrações penais ali previstas terão por destinatários pessoas envolvidas em relações familiares (não raro entre parentes), casos típicos daquelas dispostas no art. 98 (abandono de idoso) e art. 102 (apropriação ou desvio de bens, proventos, pensões etc.) do Estatuto do Idoso.

Aliás, é de se reafirmar que a Lei nº 10.741/03 prevê a ampla participação do Ministério Público na tutela do idoso, estabelecendo, expressamente, poderes investigatórios muito além da requisição de documentos e informações. Cabe-lhe, inclusive, instaurar procedimento administrativo (art. 74, V).

Em síntese: quem estabelece o novo conceito de menor potencial ofensivo é a lei, ou seja: (a) a própria Lei nº 9.099/95, no seu art. 61 (com a redação dada pela Lei nº 11.313/06), e (b) a Lei nº 10.259/01, também modificada pela Lei nº 11.313/06.

14.5.3 A transação penal: direito subjetivo ou discricionariedade?

No modelo processual conciliatório, a Justiça Penal deve orientar-se pela oralidade, informalidade e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa da liberdade (art. 62).

No início deste trabalho, ao tratarmos do tema relativo à ação penal pública, tivemos a oportunidade de ressaltar o novo papel do processo conciliatório, deixando já a descoberto a verdadeira natureza jurídica da posição ocupada pelo Ministério Público.

Enquanto boa parte da doutrina vê na transação penal uma alteração essencial da obrigatoriedade da ação penal pública, chegando à conclusão de que se trata de uma discricionariedade regrada (ver item 5.4.5), para nós, a questão não pode nem deve ser posta nessa perspectiva.

A obrigatoriedade da ação penal está ligada ao exercício de um processo penal orientado, sobretudo, para a imposição da pena privativa da liberdade, não obstante as atuais medidas despenalizadoras instituídas na legislação processual penal (a rigor, com a chegada do acordo de não colaboração penal, o princípio da *obrigatoriedade* da ação penal assumiu novos contornos, uma vez que os *amplos* limites estabelecidos pelo legislador deixam claro que, ao menos sob a ótica da *intenção legislativa*, na maioria dos casos sequer haverá denúncia). A obrigatoriedade seria, assim, no sentido da propositura da ação penal, no curso, pois, de um processo de feição exclusivamente condenatória.

Entretanto, em uma realidade totalmente diferente, como é o caso do processo penal conciliatório, em que a prioridade da Justiça Penal é a não imposição da pena privativa da liberdade, é claro que o principal papel reservado ao Ministério Público não poderá mais ser o mesmo.

Partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da inadequação das penas privativas da liberdade, a Lei nº 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a

imposição de pena privativa da liberdade não será a melhor solução para o caso penal. Por isso, estabelece situações nas quais, preenchendo o acusado determinados requisitos, elaborados a partir da consideração da natureza do crime, da apenação e das condições pessoais do agente, o primeiro passo a ser seguido pelo *parquet* será a propositura da transação penal.

Ora, se essa é a prioridade, segundo comando expresso da lei, o Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal. Note-se que quem está estabelecendo qual seria a medida mais adequada ao fato e ao seu autor é exatamente a lei. Cuida-se de opção situada no campo da política criminal, essa, sim, discricionária, em princípio.

Não vemos, então, repetimos, a apontada discricionariedade regrada. É a lei que estabelece, minudente e completamente, as hipóteses em que não se deverá aplicar, senão como última alternativa, o modelo condenatório. É também a lei que deve determinar a orientação da política criminal e das sanções mais adequadas ao caso penal. Ao Ministério Público reserva-se a atribuição, relevantíssima, de implementação dessa política. Não, porém, com reserva de discricionariedade quanto ao cabimento ou não da transação. O cabimento, ou seja, a definição de suas hipóteses, já é previsto expressamente na lei, cabendo aos aplicadores do Direito, fundamentalmente, o exame acerca de sua ocorrência.

A transação penal, pois, constitui direito subjetivo do réu. A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95.

O principal problema decorrente dessa afirmação, como vimos, é de ordem operacional. De fato, não é possível nenhuma transação, como ato bilateral que é, senão com a participação de ao menos duas partes. É por isso que não se pode permitir que o próprio juiz realize, com o réu, a transação penal. A presença do Ministério Público é mesmo indispensável.

Não entendendo o órgão do *parquet* ser o caso de transação, por ausência dos requisitos, por exemplo, a solução será a remessa dos autos ao órgão superior com

competência de revisão, como é o caso do Procurador-Geral de Justiça (art. 28, CPP), no âmbito da Justiça Estadual, e da Câmara de Coordenação e Revisão (art. 62 Lei Complementar nº 75/93), na Justiça Federal.

Aliás, a partir da consolidação da jurisprudência da Suprema Corte sobre a aplicação da suspensão condicional do processo (Súmula 696), aqui já referida e apreciada (item 14.3.1), a aplicação subsidiária dos citados dispositivos (art. 28, CPP, e art. 62, Lei Complementar nº 75/93) parece inquestionavelmente tranquila.

Como se percebe, a solução não é perfeita, na medida em que deixaria fora do controle judicial a aplicação ou não de determinada norma instituidora de direito subjetivo.

Pensamos, porém, que o aludido controle poderia ser feito em etapa posterior, isto é, após o oferecimento da denúncia, quando esse for o posicionamento final e em última instância do Ministério Público (no sentido do não cabimento da transação penal). Nesse caso, se o juiz entender que a hipótese era efetivamente de transação penal, por preencher o acusado todos os requisitos previstos em lei e por se tratar de infração penal para a qual ela seja cabível, deverá rejeitar a peça acusatória por falta de justa causa (art. 395, III, CPP), ou mesmo por falta de interesse de agir (art. 395, II, CPP). Fundamento: a existência de solução legal mais adequada ao fato e ao suposto autor, à disposição do autor da ação penal. Haveria, assim, uma alternativa legal ao processo condenatório escolhido pelo Ministério Público.

A solução que ora nos parece mais adequada, de rejeição da denúncia oferecida (recusada pelo *parquet* a transação) por ausência de justa causa ou de interesse de agir, pode não ser a melhor, mas, inegavelmente, tem um mérito: o de manter em mãos do Judiciário o controle de legalidade dos atos praticados pelos órgãos estatais, inclusive em relação aos seus próprios atos.

Observamos, por fim, que o direito subjetivo aqui mencionado é atribuído ao réu, isto é, a quem se achar ameaçado de sanção penal, independentemente de se tratar ou não do verdadeiro autor do fato. A eventual escolha, pelo inocente, do caminho da transação penal, na qual se impõem também restrições de direito, é, como demonstramos, uma das imperfeições do sistema, mas não infirma a teoria segundo a

qual se trata de direito subjetivo do acusado.

14.5.4 Competência e atos processuais

Nos Juizados Criminais, a competência territorial é firmada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.

Como não há uma opção explícita quanto à teoria adotada, no que se refere ao lugar da infração, ao contrário do que ocorre com o art. 70 do CPP (teoria do resultado), pensamos que a interpretação mais adequada aos princípios processuais que informam os Juizados (art. 62, Lei nº 9.099/95) é a aplicação da teoria da *ubiquidade*, segundo a qual se considera lugar da infração tanto onde ocorreu a ação ou omissão como onde se produziu ou deveria se produzir o resultado, conforme o disposto no art. 6º do CP.

Necessário ressaltar, porém, que a corrente doutrinária majoritária entende que o texto do art. 63, da Lei nº 9.099, implica na adoção da teoria da *atividade* e não da ubiquidade.

No caso de continência (art. 77, CPP), mas, sobretudo, nas hipóteses de conexão (art. 76, CPP), a aplicação do disposto no art. 78 do CPP poderá gerar algumas dúvidas. É que, nos termos do mesmo art. 78, IV, no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá a desta última.

É bem de ver, porém, que nos Juizados Criminais, pelo menos no que diz respeito à conceituação das espécies de jurisdição, não se exerce jurisdição especial, uma vez que o seu objeto é o Direito Penal comum, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a jurisdição eleitoral e a jurisdição militar. Naquela (a eleitoral), ainda que não se possa falar rigorosamente em Direito Penal especial, o fato é que o objeto de sua tutela é inegavelmente específico, o que, a nosso aviso, permite, ao lado das especificidades ocorridas também na formação de seus órgãos jurisdicionais, a denominação de jurisdição especial.

Em razão disso, quando presente o concurso de infrações, a reunião de processos ocorrerá fora dos Juizados, segundo os critérios do citado art. 78 do CPP. E se já

pensávamos assim desde as primeiras edições deste *Curso*, ficamos na confortabilíssima companhia da lei. De fato, a Lei nº 11.313/06, como vimos, alterando a redação do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, e, também, do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, ressalva expressamente a (in)competência dos Juizados Criminais quando as referidas infrações forem conexas e/ou continentes com outras, da competência do juízo comum ou do Tribunal do Júri. E, acrescentaríamos nós: também de qualquer outra jurisdição ressalvada em lei ou na Constituição da República.

Nessas situações, nada impedirá a aplicação das normas mais favoráveis previstas na Lei nº 9.099/95, adotando-se, se for o caso, a unidade apenas do juízo, e não do processo. Assim, reunidos diversos e diferentes procedimentos (e crimes), nada obstará, no mesmo juízo, a adoção da transação penal, se for o caso, para o processo originariamente da competência dos Juizados.

Em tema de atos processuais e seguindo a orientação da informalidade, da celeridade, da oralidade e da economia processual, previstas no art. 62, adota-se nos Juizados o princípio do *pas de nullité sans grief*, segundo o qual a validade do ato pode ser aferida pelo cumprimento de sua finalidade, não se declarando a nulidade que não tenha causado prejuízo (art. 65, § 1º).

A citação do réu deve ser sempre pessoal, na sede do Juizado, ou por mandado. E nesse caso (no mandado) deverá constar a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, sob pena de, na ausência deste, ser-lhe nomeado um defensor dativo.

Não há a possibilidade de citação por edital e nem por hora certa. Não se encontrando o réu, o juiz deve remeter o processo para o juízo comum, para a adoção do procedimento sumário (art. 66, parágrafo único, Lei nº 9.099/95, c/c art. 538, CPP).

Já as intimações, destinadas a dar conhecimento da existência da prática de ato processual já realizado ou em vias de sê-lo, poderão ser feitas por meio de correspondência, com aviso de recebimento pessoal (art. 67), ou, acrescentaríamos nós, por qualquer outro meio em que fique demonstrada inequivocamente a ciência do

conteúdo do ato intimatório.

Tratando-se, porém, de pessoa jurídica, a intimação será feita por correspondência a ser entregue na recepção do local onde ela funcione, identificando-se, obrigatoriamente, a pessoa que a receber. Não sendo possível, a intimação será feita por meio de oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou, ainda, por qualquer meio idôneo de comunicação (art. 67).

Nos Juizados Criminais é dispensável a intimação pessoal das partes, inclusive do Ministério Público e defensores nomeados, *especificamente para o julgamento da apelação pelas Turmas Recursais*, bastando-se a intimação pela imprensa, por força do disposto no art. 82, § 4º, da Lei nº 9.099/95. Nesse sentido é a decisão do Plenário do STF, no julgamento do HC nº 76.915/RS (*DJU* 27.4.2001).

Pensamos que a citada regra se aplica a todos, indistintamente, o que inclui as autoridades com certas prerrogativas para determinados atos processuais (magistrados, membros do *parquet* etc.), exclusivamente nos limites contidos na citada Lei (art. 82, § 4º, Lei nº 9.099/95).

14.5.5 O rito nos Juizados Criminais

a) Fase preliminar

O processo conciliatório inicia-se com uma fase designada de *preliminar*, consistente na tentativa de se reunir, em uma só assentada, todas as pessoas cujos interesses possam ser afetados por uma decisão judicial relativa ao fato penal.

Assim, a partir da informação da existência de uma possível infração penal, a autoridade policial, após lavrar termo circunstanciado da ocorrência, deverá conduzir o suposto autor e a alegada vítima ao Juizado, providenciando, desde logo e se necessário, as requisições dos exames periciais necessários à constatação dos danos, bem como de quaisquer circunstâncias e elementares cuja existência dela dependa (art. 69).

Como os Juizados devem se orientar, sempre que possível, pela não imposição de

pena privativa da liberdade, não se deverá impor ao acusado a prisão em flagrante, bastando que o suposto autor compareça imediatamente ao Juizado ou a ele se comprometa a comparecer posteriormente. Esses também os termos da Lei de Tóxicos, Lei nº 11.343/06, consoante o disposto no art. 48, § 2º, que expressamente remete à competência dos Juizados Especiais Criminais o processo e julgamento do crime de guarda, transporte ou depósito *para uso pessoal* de substância entorpecente (art. 28), ressalvada a hipótese de conexão ou continência com infrações penais mais graves e de competência de outro Juízo.

A medida é salutar e demonstra um juízo já antecipado de proporcionalidade em tema de prisão cautelar. De fato, se o provimento final dos processos submetidos aos Juizados não deverá impor pena privativa da liberdade, o recolhimento ao cárcere nessa fase seria absolutamente desproporcional à sua finalidade.

E mais que isso.

Pensamos que também não será cabível a imposição de quaisquer das medidas cautelares do art. 319 e do art. 320, CPP, justamente pela baixíssima perspectiva de privação da liberdade ao final do processo. Atente-se para o fato de que o art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95 proíbe a imposição de fiança nas infrações de menor potencial ofensivo, con-tentando-se com o comparecimento ao Juizado. A única exceção diz respeito aos casos de violência doméstica, hipótese em que caberá o afastamento do lar ou do local em que reside a vítima. No ponto, remetemos o leitor às considerações que fizemos no Capítulo 11, atinentes às atuais medidas cautelares pessoais do processo penal brasileiro.

Note-se, então, que, em princípio, a restituição da liberdade no caso de flagrante delito seria vinculada apenas à obrigação de comparecimento posterior à sede do Juizado. Tratar-se-ia, ao que parece, de mais uma espécie daquilo que a doutrina convencionou chamar de liberdade provisória *vinculada*, nos moldes daquela prevista no art. 310, parágrafo único, do CPP (Lei nº 12.403/11).

Entretanto, é importante lembrar que, nesse caso específico, o eventual não cumprimento do ajuste, ou seja, do comparecimento ao Juizado, não pode resultar na imposição da prisão.

Em primeiro lugar, porque não haveria, no Juizado, a possibilidade de restauração da prisão em flagrante, pois esta é inexistente naquele foro.

Em segundo lugar, e, sobretudo, porque para as infrações de menor potencial ofensivo não será cabível, como regra, a decretação da prisão preventiva, nos termos do que se encontra no art. 313 do CPP, no qual se observa o seu cabimento *autônomo* apenas para crimes dolosos (e não para os culposos) punidos com pena privativa máxima superior a quatro anos, além das infrações relativas ao menores, adolescentes incapazes e os casos de violência doméstica. Fora daí, a preventiva dependerá do descumprimento de anterior cautelar imposta, somente se justificando de modo *substitutivo* (art. 282, § 4º, CPP).

E, por fim, não poderia ser exclusivamente o não comparecimento do réu o motivo da prisão, mas, sim, o risco concreto à aplicação da lei penal. Com isso, seria exigível fundamentação judicial específica, não limitada ao fato do não comparecimento, diante dos princípios orientadores dos Juizados, e para o fim de se evitar a adoção de medidas cautelares evidentemente desproporcionais.

Comparecendo o suposto autor do fato e a vítima, além do responsável civil (nos casos dos arts. 927 e seguintes, Código Civil), quando houver e desde que a tanto intimado, devidamente acompanhados de seus advogados, será realizada a audiência preliminar, cujo objetivo maior será a composição civil dos danos causados pela infração penal e a transação penal, com a imposição de pena diversa da privativa da liberdade.

Havendo a composição civil dos danos, as consequências serão as que se seguem.

A sentença homologatória do acordo será irrecorrível e constituirá título executivo no cível (art. 74).

Se o crime for daqueles cuja persecução penal se dá por meio de ação penal privada ou de ação pública, condicionada à representação do ofendido, o acordo homologado implicará a renúncia ao direito de queixa e ao direito de representação, extinguindo-se a punibilidade do fato (art. 74, parágrafo único).

Note-se, ainda mais uma vez, que a referência expressa feita à possibilidade de

renúncia do direito de representação é incomum no processo penal brasileiro. No item 5.5, atinente à ação penal pública condicionada, não se vê, de fato, qualquer menção à renúncia ao direito de representação. Na linguagem do Código de Processo Penal, a renúncia é referida apenas ao direito de queixa (arts. 49 e 50). Em relação ao direito de representação, vê-se apenas a previsão expressa de decadência (art. 38) e de retratação (art. 25).

Importante salientar, ainda, que o disposto no art. 74 da Lei nº 9.099/95 não revoga o disposto no art. 104, parágrafo único, do CP, no qual se prevê que a composição civil dos danos não implica a renúncia ao direito de queixa, pelas razões já expostas no item 5.6.2.1.

Se o crime for de ação pública incondicionada, a composição civil dos danos não tem qualquer efeito em relação à persecução penal, valendo, contudo, como título executivo no cível. Nesses casos, a vontade do ofendido não impede nem condiciona a atuação estatal, como, aliás, ocorre no processo penal comum, condenatório.

Não havendo a citada composição civil dos danos, passa-se, então, à fase de conciliação penal propriamente dita.

b) Transação penal

A Lei nº 9.099/95, em seu art. 76, prevê a transação penal para as ações penais públicas, condicionadas e incondicionadas, excluindo os crimes de ação privada, conforme já expusemos anteriormente (ver item 14.3.3). A nosso aviso, a exclusão procede por incompatibilidade lógica entre o regime de transação penal e a recomposição civil dos danos (art. 74, Lei nº 9.099/95).

No entanto, encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça a admissibilidade da transação penal em ações privadas (APn 634/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, Corte Especial, *Dje* – 3.4.2012, e, ainda, HC nº 187.090/MG, Rel. Adílson Vieira Macabu [Desembargador Convocado], *Dje* 21-3-2011, e RHC nº 8.123, *DJU* 21.6.1999, p. 203). Já a posição do Supremo Tribunal Federal parece ser em sentido contrário, conforme se vê no julgamento do Inq. 2.969 – AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, em 10.11.2011 (e, também, HC nº 83.412/ GO, Rel. Sepúlveda

Pertence, 1ª Turma, 3.8.2004).

À evidência, e quando cabível, a transação penal nas ações privadas haverá de exigir a sua propositura por parte do querelante, que é, na realidade, o legitimado para a iniciativa penal, ou titular do direito de ação, seja de conteúdo condenatório (oferecimento de queixa), seja de conteúdo conciliatório (proposta de transação). Admitir a legitimação do Ministério Público para esses casos é subverter as regras essenciais da persecução penal no Brasil.

Quanto às ações públicas, cuidando-se de ação condicionada à representação, somente a partir dessa é que o Ministério Público poderá propor a transação penal.

Se de ação pública se tratar, o Ministério Público, quando convencido da materialidade e da autoria do crime, deverá propor a transação penal, desde que presentes as hipóteses mencionadas no art. 76 da Lei nº 9.099/95, a saber:

I) não ter sido o autor anteriormente condenado à pena privativa da liberdade, pela prática de crime, por sentença definitiva. Na dicção do Código de Processo Penal, sentença definitiva não é a mesma coisa que sentença passada em julgado (art. 593, I, por exemplo). Sabendo-se que um dos requisitos para a transação é a inexistência de maus antecedentes, a condenação em primeira instância, sem o trânsito em julgado, poderia ser levada a essa conta, jamais como vedação absoluta. A condenação anterior por contravenção não impede a transação;
II) não ter o agente se beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, do mesmo direito (ou benefício, como queiram);
III) não ostentar o réu antecedentes desabonadores nem serem desfavoráveis os motivos e circunstâncias do crime, bem como assim o indicarem a sua conduta social e a sua personalidade.

O período de cinco anos foi fixado à maneira do prazo previsto para a reincidência (art. 64, I, CP), como marco delimitador do exercício do direito à transação.

Em tema de maus antecedentes, e também no que se refere aos motivos e circunstâncias do crime, é importante ter sempre presente que os Juizados Especiais Criminais devem visar, sempre que não for indispensável outra solução, à não imposição da pena privativa da liberdade, razão pela qual nem a existência de processo penal instaurado contra o acusado foi prevista expressamente como causa impeditiva da transação.

Caberá ao Juizado, pois, o exame cuidadoso de cada caso concreto, para que se chegue à conclusão de inviabilidade da transação pela existência de maus antecedentes, até porque o atual processo penal brasileiro, mesmo o modelo condenatório, caminha para a não imposição de pena privativa da liberdade, quando se tratar de infrações cuja pena não seja superior a quatro anos (Lei nº 9.714/98).

Ao lado das exigências gerais, cabíveis para a maioria dos crimes, há ainda normas específicas, contendo condições igualmente específicas. Nos crimes ambientais, por exemplo, uma das condições para a aplicação da transação penal é a prévia composição do dano ambiental, conforme previsto no art. 27 da Lei nº 9.605/98.

Também será cabível a transação penal nos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, com as exceções trazidas pela Lei nº 11.705/08, que deu atual redação ao art. 291, da Lei nº 9.503/97 (ver, no ponto, o disposto no § 1º, do citado art. 291, I, II e III).

De outro lado, nos crimes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, não se aplicará a Lei nº 9.099/95, por força expressa da Lei nº 11.340/06, como já mencionamos.

Uma vez proposta a transação penal pelo Ministério Público, nada impede, evidentemente, que o juiz, desde logo e de plano, rejeite-a, quando, por exemplo, entender que o fato não constitui crime. A transação, antes de qualquer outra consideração, deve ter em vista a infração penal punível.

Aceitando o réu a proposta de transação penal, para o que, necessariamente, deverá contar com a presença e a participação de advogado, que deverá esclarecê-lo

acerca dos efeitos e das consequências do aludido ato jurídico, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa.

Na prática, infelizmente, a excessiva preocupação com a celeridade e a informalidade dos Juizados têm contribuído para certa banalização do instituto, ora com eventuais pressões para a aceitação do acordo, ora com a perda de eficácia de tal modalidade de resposta penal estatal.

De todo modo, as vantagens do modelo conciliatório superam em muito as suas deficiências, certamente pela quase certeza quanto à insuficiência do sistema penal punitivo.

A pena imposta na transação não implica reconhecimento de culpa nem gera quaisquer outros efeitos penais que não o fato de impedir o exercício do mesmo direito pelo prazo de cinco anos (art. 76, § 4º, Lei nº 9.099/95). Ela significa unicamente a conciliação e o acordo acerca da inconveniência do processo penal condenatório. Nada mais (tanto o é que o STF possui entendimento de que a posterior realização de transação não importa em perda de objeto de *habeas corpus* já impetrado – HC 176785/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Da decisão que defere a transação penal poderá ser interposta apelação, no prazo de dez dias, para a Turma Recursal do Juizado (art. 76, § 5º).

Na hipótese de indeferimento da transação, por entender o juiz que falta algum dos requisitos para a sua aplicação, ou mesmo que o fato não constitui crime, pensamos que a decisão *deveria* desafiar o recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP, por analogia), por tratar-se de decisão que não julga nem resolve o mérito, além de não encerrar a competência do Juizado Criminal, exceção feita, por óbvio, àquela referente ao reconhecimento da atipicidade do fato narrado no Termo de Ocorrência.

No entanto, o único recurso previsto na Lei nº 9.099/95 parece ser o de apelação, a ser interposto para as Turmas Recursais dos Juizados. E isso mesmo em se tratando de que rejeita a denúncia ou queixa oferecida no Juizado, conforme se observa do art. 82 (ao contrário, portanto, da regra geral do art. 581, I, CPP). Por isso, a analogia e a interpretação sistemática, orientadas pela estruturação orgânica dos Juizados, estão recomendando o cabimento da apelação.

Note-se que a solução ora apresentada é diferente daquela relativa à negativa da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95), quando sugerimos o cabimento do recurso em sentido estrito, por tratar-se de decisão interlocutória e porque não dirigida à competência dos Juizados Especiais. A distinção se justifica: ali, na suspensão do processo, não há, evidentemente, encerramento da relação processual, como poderá ocorrer aqui, ao menos no que diz respeito, repita-se, ao modelo processual conciliatório.

No que se refere, então, ao indeferimento de transação proposta e aceita, pensamos ser cabível até mesmo a utilização de *habeas corpus* (pela possibilidade de oferecimento de denúncia pelo MP) ou de mandado de segurança, dado que entendemos a transação penal como direito subjetivo do réu, quando presentes os requisitos legais. Lembramos, no ponto, que, embora a questão se localize no âmbito dos Juizados, nos quais, em tese, não se pretende impor sanção privativa da liberdade, o instrumento do *habeas corpus* é perfeitamente adequado, já que o indeferimento da transação dá lugar ao processo de natureza condenatória, como o oferecimento da denúncia. Assim, caberia, em tese, a imposição e a posterior conversão da pena privativa da liberdade (STF – HC nº 82.697-1/SP, Rel. Min. Ilma Galvão, *DJU* 14.3.2003, p. 39).

Na prática, entretanto, poderemos nos deparar com alguns problemas, o que não inviabiliza – antes o confirma – o que sustentamos.

Pode ocorrer, por exemplo, que, após a rejeição, pelo juiz, da proposta de transação, feita (pelo MP) e aceita (pelo réu), o órgão ministerial, aceitando a decisão, ofereça denúncia oral, na forma do procedimento cabível nos Juizados. Se a defesa tiver interposto o recurso de apelação contra essa decisão (de recebimento da denúncia – art. 82, Lei nº 9.099/95), pensamos que o juiz deverá aguardar o julgamento do apelo, antes de dar seguimento ao processo (arts. 78 e seguintes, Lei nº 9.099/95), sob pena de, sendo provido aquele, verem-se anulados todos os atos processuais então praticados. Não bastasse, tanto o citado art. 82 (de modo implícito) quanto o art. 603 do CPP (aplicável por analogia) recomendam a subida do recurso de apelação nos próprios autos originais.

c) Procedimento sumariíssimo

Recusada a transação, ou se, por qualquer outro motivo, não tiver sido aplicada a pena, os autos irão ao Ministério Público, para o imediato oferecimento da denúncia (art. 77, Lei nº 9.099/95), ou para o ofendido, se privada a ação penal (art. 77, § 3º).

Em ambos os casos, a peça acusatória será oferecida oralmente, prescindindo até mesmo do exame de corpo de delito, quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente (§ 1º).

Na verdade, prescindível é o laudo de exame de corpo de delito com as formalidades exigidas no procedimento comum. A materialização da prova, porém, é indispensável quando se tratar de infrações que deixam vestígios, se não tiverem estes desaparecido.

A denúncia ou queixa será lastreada, isto é, fundamentada, no Termo de Ocorrência mencionado no art. 69, não sendo necessárias mais formalidades para legitimar a justa causa.

Entendendo o Ministério Público que o caso oferece complexidade incompatível com a celeridade do Juizado Criminal, ele deverá requerer o encaminhamento dos autos (peças informativas, Termo de Ocorrência etc.) ao juízo comum, na forma do art. 77, § 2º, daquela Lei. Ali, a modalidade do procedimento comum a ser adotada é o sumário (art. 538, CPP).

Na hipótese de discordância entre o juiz e o órgão do *parquet* quanto à complexidade da causa, para fins de remessa ao juízo comum, a solução será a aplicação do art. 28 do CPP (e art. 62, Lei Complementar nº 5/93, no âmbito do Ministério Público da União), tal como ocorre com a divergência existente em relação ao cabimento ou não da transação penal. Todavia, se já oferecida a denúncia ou a queixa, o juiz poderá declinar de sua competência para o juízo comum, sempre que entender que a causa exige maior complexidade na sua instrução probatória.

Proposta a ação, com a redução a termo da denúncia ou queixa orais, o juiz designará data para audiência de instrução e julgamento, dela cientificando todos os presentes. Quem não tiver ali comparecido, não participando, assim, da fase

preliminar, será devidamente intimado da data da audiência, na forma prevista no art. 67. Se o ausente for o acusado, deverá ser procedida a sua citação, na forma dos arts. 66 e 68.

O réu deverá apresentar as suas testemunhas na data designada, independentemente de intimação, salvo se essa (intimação) for por ele requerida com antecedência mínima de cinco dias (art. 78, § 1º, Lei nº 9.099/95). As demais testemunhas, arroladas pela acusação, serão intimadas na forma do art. 67 (Lei nº 9.099/95).

Embora não haja previsão expressa na Lei nº 9.099/95, parece-nos que o princípio processual da celeridade de rito impõe a fixação de número máximo de testemunhas a serem arroladas pelas partes.

Assim, e atendendo às especificidades do procedimento realizado nos Juizados Criminais, pensamos que o número será de cinco testemunhas, tal como ocorre no procedimento sumário, cabível para crimes cuja pena máxima privativa da liberdade seja inferior a quatro anos (art. 394, II, c/c, art. 532, ambos do CPP).

Se o juiz, a juízo superficial, entender que o fato não constitui crime, deverá ele, de plano, sem determinar a citação do acusado e a intimação dos demais interessados, rejeitar a peça acusatória. Nessa hipótese, por força de dispositivo expresso, o recurso cabível será o de apelação, nos termos do art. 82, para a Turma Recursal do Juizado (e não o recurso em sentido estrito), embora não se trate, por óbvio, de decisão de mérito.

Note-se, aqui, que o procedimento parece ter servido de base para o texto da Lei nº 11.719/08, que tão profundas alterações promoveu no processo penal brasileiro. Ali, e para todo o processo em primeira instância (art. 394, § 4º, CPP), previu-se a possibilidade de *rejeição* da peça acusatória por questões *exclusivamente processuais* (art. 395, CPP), e a *absolvição sumária* (art. 397, CPP) para hipóteses de reconhecimento de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, de atipicidade manifesta e de extinção da punibilidade. E o recurso contra aludidas decisões também será o de apelação (art. 416, CPP).

No entanto, não será esse o tratamento no rito sumaríssimo. Aqui, segue-se com a decisão de rejeição da denúncia ou queixa, seja com fundamento em questões

processuais, seja em razão de atipicidade manifesta (mérito, portanto), por exemplo. Apenas quando se tratar de extinção da punibilidade, a nosso aviso, se deverá absolver sumariamente o acusado. Não porque esteja previsto em lei; não está, aliás. Mas, por isonomia no tratamento de situações idênticas, na medida em que a decisão de absolvição sumária é mais favorável que o simples reconhecimento de causa extintiva da punibilidade.

E não se aplicarão as regras dos arts. 395 ao 397, CPP, por manifesta incompatibilidade entre os sistemas (processo condenatório e comum e processo conciliatório dos Juizados). Não bastasse, veja-se que o art. 396, CPP, não inclui o processo sumaríssimo nas suas disposições.

Obviamente, não se aplicarão aos Juizados Especiais as hipóteses de interrogatório por videoconferência, a não ser no caso específico do art. 185, § 2º, II, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.900/09, ou seja, para facilitar a sua participação no ato, quando estiver preso por outra razão.

Seguindo.

No dia designado, se ainda não tiver sido tentada a conciliação entre as partes na fase preliminar, por ausência do acusado, ou por qualquer outro motivo, o juiz deverá repetir o procedimento previsto nos arts. 72 a 75 da Lei nº 9.099/95 (por força do disposto no art. 79 da Lei nº 9.099/95), bem como reabrir a fase processual para a transação penal. Nada impede, por óbvio, que o juiz renove também a tentativa de conciliação já proposta. Isso porque, até aquele momento, não se poderá ainda falar em ação penal, em razão do não recebimento da peça acusatória.

Frustrada a conciliação, será ouvida a defesa, para o oferecimento de sua resposta aos termos da acusação.

Se a peça acusatória for rejeitada, por qualquer motivo, caberá recurso de apelação, dirigido à Turma Recursal do Juizado, consoante o previsto no art. 82; se, ao contrário, for ela recebida, serão ouvidas, nessa ordem, as vítimas, cujo número não integra o limite do rol de testemunhas de acusação, as testemunhas de acusação e as de defesa.

Somente após tais diligências é que se procederá ao interrogatório do réu, quando presente, não havendo previsão legal sobre a possibilidade de intervenção das partes no referido ato. Assim, parece-nos, o caso seria de aplicação das mesmas disposições do Código de Processo Penal (arts. 185 e seguintes), no que tiverem de pertinentes.

A nosso aviso, não há nem exigência de se aplicar a atual sistemática de tomada de depoimentos, e nem vedação a essa possibilidade. E como se trata de normatizações relativas à atual configuração do modelo processual brasileiro, de feição cada vez mais acusatória, melhor seria se se acompanhasse, também nos Juizados, a fórmula a ser seguida na jurisdição comum.

Assim, devem as partes, diretamente (art. 212, CPP), inquirir as testemunhas, cabendo ao juiz complementar o ato, ao final. No interrogatório do réu, que, nos termos dos arts. 186 e seguintes, CPP, se inicia com o juiz, podendo as partes intervir ao final, também se daria tratamento unitário, de tal maneira que as partes sempre iniciarão as inquirições, findando-as o juiz. Em relação a este último ato, o interrogatório, deve o Ministério Público falar primeiro, já que, como vimos, é ele (o interrogatório) meio de defesa, essencialmente.

A seguir, o juiz facultará às partes a apresentação de razões orais, proferindo, após, a sua decisão.

Note-se que também aqui não há previsão legal de prazo máximo para as alegações orais das partes. A solução deve ser encontrada pela adequação, ao caso concreto, do princípio da informalidade, mas também do da celeridade. A adoção, por analogia, dos prazos previstos no art. 534, CPP (procedimento sumário), parece-nos a mais adequada.

Todas as provas devem ser realizadas em audiência (art. 81, § 1º). As provas relativas a exames periciais ou exames médicos, produzidas sem a participação do acusado, devem se submeter ao contraditório, quanto à idoneidade do exame e quanto às consequências de seu conteúdo.

O termo de assentada, com a descrição da ocorrência de todos os atos processuais realizados, aí incluída a sentença, será feito de modo resumido (art. 81, § 2º, Lei nº

9.099/95). Quanto a essa, que deverá mencionar necessariamente a motivação do convencimento judicial, será dispensado o relatório (§ 3º). Querendo, as partes poderão requerer a transcrição da gravação de fita magnética, quando houver (art. 65, § 3º, Lei nº 9.099/95).

O recurso de apelação, a ser oferecido no prazo de dez dias, deverá conter tanto a petição de interposição quanto as razões de recurso e o pedido expresso de modificação do julgado, sob pena de não conhecimento (art. 82, § 1º, Lei nº 9.099/95).

Como se observa, a Lei nº 9.099/95, ao contrário do Código de Processo Penal (art. 601), exige a apresentação das razões da apelação (art. 82, § 1º, Lei nº 9.099/95) junto à interposição do recurso. Todavia, ainda que assim o seja, pensamos ser perfeitamente possível o conhecimento de apelação interposta pelo réu, mesmo sem a apresentação das razões. A nosso aviso, essa é uma exigência do princípio da ampla defesa, com o que, manifestado o inconformismo com a decisão, não se justificaria o não conhecimento do recurso.

Não foi o que pareceu à Segunda Turma do STF, conforme se observa na decisão do HC nº 86.454/SC, Rel. Min. Carlos Velloso –*Informativo STF* nº 406, de 26.10.2005.

Ficamos, porém, onde estávamos: tratando-se da aplicação do princípio da ampla defesa, fixado no âmbito constitucional, não nos parece razoável recusar o reexame de matéria penal, por equívoco no processamento do recurso. Afinal, há regra no Código de Processo Penal autorizando a apresentação de recurso desacompanhado de razões recursais. Assim, seja pela fungibilidade, seja pela necessidade do máximo atendimento à ampla defesa, pensamos sem razão a douta Turma do STF.

Em relação ao Ministério Público, a exigência de oferecimento de razões impõe-se, seja como dever funcional, seja para o fim de permitir, em outra perspectiva, o exercício da ampla defesa pelo réu, já que, proferida a sentença absolutória ou a ele favorável em outro aspecto, deverá o réu conhecer e contrapor-se às alegações que busquem modificar o aludido ato judicial. Sobre o tema, nos deteremos mais detalhadamente por ocasião do estudo relativo à apelação (item 16.2).

O recorrido terá igual prazo para apresentar a sua resposta.

A segunda instância dos Juizados Criminais será exercida pelas Turmas Recursais, compostas por três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado (art. 82, Lei nº 9.099/95).

Aliás, as Turmas Recursais dos Juizados Especiais, ainda que integradas por juízes vinculados aos respectivos Tribunais (de Justiça e Regional Federal, se Estadual ou Federal o Juizado), na realidade, não se submetem a qualquer espécie de subordinação recursal em relação a eles. E mais: somente a Suprema Corte tem hierarquia jurisdicional sobre as Turmas Recursais (conforme art. 102, III, CF), com o que não se *poderia* pensar em submeter suas decisões, quaisquer que sejam as modalidades, ao Tribunal de Justiça do Estado (ou ao Tribunal de Alçada, onde houver).

No entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, mais uma vez alterando sua jurisprudência já consolidada (Súmula 690), afirmou a competência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para a apreciação de *habeas corpus* impetrado contra decisões das Turmas Recursais (HC nº 86.834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

Caberão embargos declaratórios da sentença e do acórdão das Turmas Recursais, no prazo de cinco dias, sempre que houver dúvida, obscuridade, contradição ou omissão nos respectivos julgados (art. 83, Lei nº 9.099/95). O referido recurso poderá ser oposto por escrito ou verbalmente.

Quando opostos contra sentença, os embargos interromperão o prazo para o recurso de apelação (art. 83, § 2º, Lei nº 9.099/95).

Por fim, os erros materiais dos julgados serão corrigidos de ofício (§ 3º).

d) Execução

A nosso aviso, não há possibilidade de se converter em pena privativa da liberdade as sanções de multa e de restrição de direitos firmadas por ocasião da transação penal, conforme, inclusive, já teve oportunidade de decidir o Supremo

Tribunal Federal, como mencionamos anteriormente. Nesse sentido, ver STF – HC n 80.802/MS, por exemplo.

E isso não só por ausência de previsão legal, segundo a norma condicionante prevista na parte final do art. 85 da mesma Lei nº 9.099/95, ou mesmo pela redação do art. 51 do CP, no qual se estabelece que a pena de multa constituirá dívida de valor, a ser executada pelo mesmo rito da execução fiscal.

Aliás, revendo *fundamentação* exposta nas edições anteriores, pensamos que a exe-cução da multa fixada em transação penal haveria de ser da competência dos Juizados Especiais, tal como ocorre em relação à multa prevista no art. 51 do Código Penal. Pela natureza penal da multa, cabe prioritariamente ao Ministério Público a sua cobrança, conforme dispôs a recente Lei 13.964/19.

Parece-nos, ainda, que a imposição de pena privativa de liberdade nos Juizados Criminais sem a participação efetiva da defesa atentaria contra o sistema de garantias individuais estabelecidas no art. 5º da Constituição. O fato de a instituição dos Juizados, com competência para a transação penal (art. 98, I, CF), ser prevista na própria Constituição não implica a conclusão no sentido de que poderá a lei livremente fixar as hipóteses em que seja aquela cabível e em que seja também executável. Uma coisa é a transação penal como alternativa à pena privativa da liberdade – esta deve ser sempre incentivada pelos Poderes Públicos. Outra, muito diferente, é permitir-se a privação da liberdade unicamente para se manter uma suposta efetividade e eficácia do novo instituto.

Cumpre lembrar: no processo de natureza condenatória, a conversão da pena restritiva de direito – já que a pena de multa não pode mais ser convertida, nos termos do art. 51, CP –, além de decorrer de previsão legal expressa, tem como pressuposto uma condenação anterior; e mais: uma condenação à sanção privativa da liberdade, somente se executando a outra, restritiva de direito, como pena substitutiva. É por isso que, uma vez não cumprida a pena restritiva, pode-se voltar à condenação originária.

Já no processo conciliatório, não há nem pode haver condenação, porque não apreciada judicialmente a questão penal. Daí por que a transação penal vale como título executivo (sentença que é), mas nos limites em que nela tenha se manifestado a

jurisdição, isto é, pelo estabelecimento de um único tipo de sanção penal; nem mais nem menos.

Uma última questão: não cumprido o acordo, e vedada a conversão, seria possível o ajuizamento de nova demanda, agora já sob a perspectiva de um processo penal condenatório, e não mais conciliatório?

Do ponto de vista prático, a ideia é sedutora, tendo em vista que poderia, em tese, contribuir para a já apontada eficácia da transação penal, na medida em que poderia estimular, com maior eficiência, o cumprimento das transações efetuadas.

Há, porém, aqui alguns problemas.

O primeiro deles: como permitir um novo processo penal, agora condenatório, se há na própria lei a previsão de consequência jurídico-penal expressa para a transação então realizada? Falamos aqui da transação na qual se estabeleça o compromisso de pagamento de multa.

Ora, se no próprio juízo comum a pena de multa aplicada não tem outra solução senão a cobrança da dívida, como permitir procedimento diferente nos Juizados, nos quais se espera tratamento menos gravoso?

A par disso, releva notar que a decisão que homologa a transação é uma sentença, ato jurídico perfeito e acabado, e, por isso, exequível, na medida de sua exequibilidade. Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 190.319/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* 24.5.1999, p. 189).

Todavia, não foi assim que pareceu, inicialmente, à Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal, que, afirmando a impossibilidade de transformação de pena restritiva de direitos em pena privativa da liberdade – o que está absolutamente correto –, reconheceu a possibilidade de o Ministério Público ingressar com nova ação, agora de conteúdo condenatório, tendo em vista o descumprimento do ajuste firmado na transação penal (HC nº 79.572/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma *DJ* 22.2.2002). Posteriormente, referido entendimento veio a ser ratificado pelo Plenário da Suprema Corte (RE 602.072, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19.11.2009). Mais ainda: há já a Súmula Vinculante 35, que põe pá de cal na matéria,

autorizando a instauração de ação penal, no caso de descumprimento do objeto da transação.

Do ponto de vista prático, nada a opor. Mas o fato é que uma decisão judicial homologatória (e constitutiva) já passada em julgado foi simplesmente ignorada, ainda que por razões justificadas operacionalmente.

14.6 Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei nº 11.340/06

14.6.1 Considerações gerais

Que há no mundo ocidental moderno uma grande preocupação com a proteção da mulher, particularmente no âmbito das relações domésticas e/ou familiares, provam-no as inúmeras convenções internacionais dispondo sobre o tema.

Sob os auspícios da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, e da própria Constituição da República, a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e institui regras e procedimentos destinados à proteção dela (mulher).

Como não poderia deixar de ser, já que a ideia era (e é) a de ampliação normativa da proteção da mulher, a citada Lei desce a detalhes em relação ao rol de direitos a serem atribuídos a ela. Serão asseguradas às mulheres as condições para o efetivo exercício dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à Justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (art. 3º, Lei nº 11.340/06).

Talvez, melhor que tudo isso, tivesse sido assegurar (em Lei?) às mulheres – e aos homens em geral, iguais em direito – a garantia de um Poder Legislativo e de um Poder Executivo sérios, probos e comprometidos com a coisa pública, o que já seria

suficiente para se garantir a proteção e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, falta de texto não foi: o Poder Público desenvolveu políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 3º, § 1º, Lei nº 11.340/06).

Nem de divisão de responsabilidades: cabe à família, à sociedade e ao Poder Público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no *caput* (art. 3º, § 2º, Lei nº 11.340/06).

A Lei, para além do fato de cuidar de questões de inegável interesse público, é quase uma petição de princípios, consoante se vê de seus longos dispositivos. Veja-se, por exemplo, que a previsão de uma política pública a ser desenvolvida por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, terá entre suas diretrizes,

"VIII – a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, e IX – o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 8º)".

Embora a citada Lei não tenha estabelecido, propriamente, um novo rito processual penal para os crimes contra a mulher, logo veremos que inúmeras medidas foram criadas para a sua proteção, em um misto de normas processuais civis e penais, além da previsão de instituição, no âmbito da jurisdição ordinária (comum, a nosso aviso), dos tais Juizados.

Antes disso: não há inconstitucionalidade no tratamento diferenciado para a mulher adulta, em relação ao homem adulto, em razão da supremacia física deste último, ao menos no que diz respeito a manifestações de força e de poder no âmbito das relações domésticas. É por isso que não sustentamos a aplicação dessa Lei às relações homossexuais femininas. Não por ausência ou por qualquer juízo valorativo sobre a grandeza da natureza amorosa da relação, mas, muito ao contrário, com fundamento na igualdade (em tese) entre as envolvidas. E essa é uma questão resolvida em definitivo

pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4424 (PGR) e ADC 1 (Senado). (Contudo, merece registro recente decisão do STJ – HC 277.561/AL, Re Min. Jorge Mussi, 06.11.2014 – entendendo que incide a Lei nº 11.340/06 nas relações entre mãe e filha. Compreensível, pensamos, mas só quando se trata de filha menor de idade – pois então seria possível visualizar uma situação de desigualdade.)

Aliás, não só se decidiu pela validade de tratamento diferenciado entre homem e mulheres, como também se confirmou ser pública e *incondicionada* a ação penal em delitos de violência leve ou culposa praticados contra a mulher no âmbito doméstico, não se lhes aplicando as normas da Lei nº 9.099/95, e, em particular, aquela do art. 88 (ver art. 41, Lei nº 11.340/06), entendimento posteriormente sumulado pelo STJ no enunciado 542 de sua Súmula. Tratando-se de crimes de violência sexual, remetemos o leitor à apreciação que fizemos no item 5.7.5.

Aponte-se, ainda, que os crimes de violência doméstica contra mulheres têm recebido tratamento distinto também nos tribunais, como apontam as Súmulas 589 (torna inaplicável o princípio da insignificância, nestes delitos) e 588 (inviabiliza a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, neste contexto), ambas do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à extensão, não há dúvidas: a lei se aplica a toda mulher, qualquer que seja o regime ou o fundamento da união, desde que caracterizada a vida em comum, e, assim, as relações domésticas, ainda que seja a do mesmo espaço físico.

Já em relação às mulheres adolescentes e crianças, há normas protetivas na Lei nº 8.069/90.

A Lei nº 11.340/06, portanto, não se aplica à vítima do sexo masculino. O que não significa qualquer demérito ou desvalia em relação a este; já há legislação suficiente para a proteção das pessoas em geral (Código Penal).

Já quanto ao art. 129, § 9º, do CP, com redação dada pelo art. 44 da citada Lei nº 11.340/06, pensamos que a questão pode ser assim resumida:

a) o fato de ser veiculada (a alteração) em legislação destinada à proteção da mulher não permite o entendimento de aplicação por analogia das demais

regras da Lei Maria da Penha às vítimas do sexo masculino; exatamente por isso alterou-se norma de eficácia geral (art. 129 do CP), mantidas as especificidades quanto aos demais tratamentos dispensados à vítima do sexo feminino;

b) tratando-se desta (vítima do sexo feminino), aplicam-se em sua inteireza as demais normas protetivas da Lei nº 11.340/06, sobretudo aquelas dos arts. 13 e seguintes, relativamente aos procedimentos.

14.6.2 Competência cível e criminal: limitações constitucional

Como já antecipamos, a Lei nº 11.340/06 cria inúmeros mecanismos acautelatórios de natureza cível e penal. E – nisso reside a maior complexidade da alteração – dispõe que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgão da jurisdição comum ordinária, terão competência tanto cível quanto criminal, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Veja-se bem. Não significa que haverá unidade de processo nos procedimentos de natureza diversa, tal como ocorre nas inúmeras medidas protetivas de urgência, algumas cíveis, outras criminais. O que a Lei está indicando é que a competência jurisdicional para quaisquer daquelas matérias será dos Juizados, independentemente de sua natureza (cível ou criminal). A autuação, portanto, há de ser em separado, até porque, após a adoção de medidas cautelares, o curso de eventual ação penal nada terá que ver com a outra, de natureza cível.

Do ponto de vista do processo e da competência jurisdicional, cumpre esclarecer que caberá aos Tribunais responsáveis pela organização judiciária local a criação dos Juizados (art. 125, CF). A atuação das Varas Criminais enquanto não criados os Juizados (art. 33 da Lei nº 11.340/06) dependeria de ato regulamentador do Tribunal, sob pena de violação do princípio federativo, com a invasão de competência dos Estados por lei federal.

Digno de nota, ainda, o fato de que a Lei nº 11.340/06 não se refere, em nenhum

momento, às ações cíveis propriamente ditas, limitando-se a arrolar medidas de caráter cautelar (violência patrimonial, por exemplo) que, por não se ajustarem – algumas delas – ao universo criminal, foram qualificadas como sendo de natureza cível. O próprio art. 13, que se refere ao processo, julgamento e execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, parece indicar que as disposições do Código de Processo Penal e Código de Processo Civil seriam aplicadas subsidiariamente: "*aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nessa Lei*".

E, para piorar, quando se refere a eventuais procedimentos cíveis, sem esclarecer quais, estabelece inusitada legitimação anômala, ao dispor que a defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nessa Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil (art. 37). E mais: o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando entender que não há outra entidade com representatividade adequada para o ajuizamento da demanda coletiva (parágrafo único, art. 37).

Cuidam-se, à evidência, de ações civis coletivas, para a tutela de interesses e direitos transindividuais, isto é, para a discussão de questões que envolvam pretensões coletivas.

A nosso aviso, tais ações terão cabimento prioritariamente contra os poderes públicos, responsáveis pela adoção de políticas públicas destinadas a promover a realização dos direitos da mulher assegurados na Lei nº 11.340/06.

Já em relação à ação penal, embora a Lei não preveja qualquer rito procedimental para os Juizados, a matéria ali contida, inegavelmente, diz respeito ao ambiente criminal (violência física e moral), o que faz supor que seria ali mesmo o foro competente para a matéria criminal.

Por fim, saliente-se que a Lei nº 11.340/06, em seu art. 41, dispõe peremptoriamente que: aos crimes praticados com violência doméstica e familiar

contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95.

Ao que parece, a atual legislação, atenta às suas particularidades, e, sobretudo, às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar (art. 4º), altera o critério de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 da Lei nº 9.099/95 (com a redação dada pela Lei nº 11.313/06), ao menos no que respeita às infrações penais que constituam crimes.

Assim, as disposições da Lei nº 9.099/95 não podem ser aplicadas aos fatos definidos como crimes. Para as contravenções, *vias de fato*, por exemplo, elas serão cabíveis.

De ver, mais, que o art. 17 veda a aplicação de pena consistente em cesta básica ou outras de prestação pecuniária para os casos de violência à mulher.

Temos fundadas dúvidas sobre o acerto da aludida política criminal. Naturalmente que a proteção da mulher, vítima de toda forma de violência doméstica, há de ser efetiva e concreta. E, por isso, talvez a imposição de cestas básicas não atinja mesmo tais propósitos. Mas é preciso também cautela com os interesses dos envolvidos. Optar pelo horizonte exclusivamente punitivo pode afetar também a administração da estabilidade das relações domésticas, nem sempre percebidas na abstração das leis.

Note-se, no entanto, que a Lei, ao se referir *à proteção* (e não à competência dos Juizados Criminais e ao processo conciliatório ali previsto) e à violência à mulher, não as limita aos crimes. Aliás, ao contrário, refere-se às várias modalidades de violência, e, assim, a outras tantas formas de proteção (medidas protetivas de urgência): art. 7º: I – violência física, II – violência psicológica, III – violência sexual, IV – violência patrimonial e V – violência moral.

Por fim, é de se ver que o afastamento da Lei nº 9.099/95 para os crimes apontados na Lei nº 11.340/06 implica o retorno da ação penal pública incondicionada para as hipóteses de lesões corporais leves e/ou culposas, se e quando praticadas no âmbito da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, já que semelhante modalidade de ação penal (condicionada) foi reservada expressamente para as infrações identificadas na citada Lei nº 9.099/95 (art. 88). A matéria, como vimos, foi pacificada na Suprema Corte, no julgamento da ADI

4424(PGR) e ADC 19 (Senado).

14.6.3 Procedimentos e medidas cautelares

Apontados já alguns problemas de índole processual, vejamos então os aspectos procedimentais, bem como a natureza de algumas das medidas acautelatórias.

O primeiro procedimento diz respeito à atuação policial, repetindo antigas providências, e trazendo umas tantas e inusitadas alterações: (a) garantia de proteção policial, com comunicação ao Ministério Público e ao juiz; (b) prestação de socorro a hospital e Instituto Médico Legal; (c) transporte da ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida; (d) acompanhamento da retirada do lar (art. 11).

A autoridade policial remeterá, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o expediente contendo pedido da ofendida para a adoção de medidas protetivas (art. 12, III).

Igual prazo (48 horas) é imposto ao juiz para, de posse do expediente encaminhado pela autoridade policial, e com o pedido da ofendida, decidir sobre as medidas protetivas de urgência, bem como comunicar o fato ao Ministério Público (art. 18).

Algumas perplexidades: o art. 16 estabelece que, nas ações penais públicas condicionadas à representação, só será admitida a renúncia (a Lei não fala, aqui, em *retratação*) à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia (a retratação da representação já oferecida deve ser exercida antes do oferecimento da denúncia, art. 25, CPP). Aliado a isso, tem-se exigência de pedido de adoção de medidas protetivas de urgência pela ofendida junto à autoridade policial (arts. 12 e 18, Lei nº 11.340/06).

No entanto, o art. 19 da mesma Lei afirma que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. E não é só: no § 1º do mesmo art. 19, autoriza-se ao juiz a concessão de medida protetiva de urgência, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público.

Ora, em primeiro lugar, observa-se que não parece razoável aceitar a imposição de quaisquer medidas protetivas sem a audiência de nenhum dos envolvidos, tal como previsto no art. 19, § 1º.

De outro lado, quando se tratar de efetiva proteção à pessoa da mulher e dependentes contra violência física iminente ou provável, pode-se até aceitar a intervenção estatal, do mesmo modo que se aceita a decretação de prisão preventiva *ex officio* (ressalvamos que somente a admitimos – a prisão – no curso de ação penal e não na fase pré-processual, exceção feita à conversão do flagrante delito, desde que não fundamentado em *conveniência da instrução ou da investigação*). Mas, a determinação de alimentos provisórios ou de guarda de filhos, por exemplo, demandaria juízo mais prudente por parte da autoridade judiciária, parecendo-nos indispensável a oitiva dos envolvidos. Como determinar, de ofício, também, a separação de corpos e/ou afastamento do lar, contra a vontade dos envolvidos?

Em segundo lugar, é de se notar que a exigência de pedido de providências por parte da ofendida deve se referir aos crimes de ação penal pública condicionada à representação. Naqueles outros, de ação penal pública incondicionada, feitas as ressalvas que acabamos de fazer, é que se poderia pensar em requerimento do Ministério Público e na decretação de ofício.

Quando se tratar de crime de ação penal privada (calúnia, difamação e injúria, por exemplo), as providências devem ser requeridas pela ofendida, a toda evidência. Observe-se, no ponto, que as Leis nºs 12.015/09 e 13.718/18 puseram fim às ações penais privadas, em relação aos crimes contra a dignidade sexual (antigos crimes contra os costumes), dispondo serem eles de ação penal pública incondicionada. E outra: a Lei nº 12.033/09 também afastou a ação penal privada para o crime de injúria baseado em discriminação (cor, etnia, religião, origem etc.), tornando-a *pública, condicionada à representação*.

O Ministério Público, tal como previsto para as ações penais, e nas ações cíveis envolvendo direitos indisponíveis, sempre intervirá nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher, seja como parte, seja como *custos legis* (art. 25).

De outra sorte, e na linha da proporcionalidade das medidas cautelares em geral, estabelece o art. 19, § 2º, que as medidas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nessa Lei forem ameaçados ou violados. Em último caso, será possível até mesmo a decretação de prisão preventiva, nos termos do atual art. 313, III, CPP, sem os limites do inciso I do mesmo dispositivo (art. 313, CPP). Graças à Lei nº 13.641/18, inclusive, pode-se até mesmo*prender em flagrante* o agente que descumprir as medidas protetivas impostas, já que tal conduta agora constitui crime.

Aliás, mais há de ser dito em relação a esta recente possibilidade.

A criminalização do descumprimento de medidas protetivas da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) constitui, parece-nos, excesso legislativo. Em princípio, o descumprimento de qualquer das medidas protetivas do art. 22 da citada Lei já ensejaria a possibilidade da incidência de medida cautelar mais gravosa, incluindo a prisão. Excesso ainda mais visível em relação à medida contida no inciso V do aludido art. 22, que diz respeito à obrigação de prestar alimentos provisionais ou provisórios. Ora, a criminalização de obrigação alimentar já encontra censura penal suficiente e efetivamente mais justificada no tipo penal atinente ao abandono de incapaz (art. 133, CP), bem como em relação ao recém-nascido (art. 134, CP). Aliás, também há proteção suficientemente gravosa em relação ao descumprimento de obrigação alimentar pela prisão civil do devedor, sendo desnecessária a incriminação de que se cuida.

De outro lado, o crime de desobediência contido no art. 330 do CP já poderia satisfazer também a necessidade de reforço protetivo contra ações lesivas às relações domésticas (aponte-se que o STJ possui firme jurisprudência no sentido de que não incide o tipo penal previsto no art. 330 do CP quando o descumprimento da ordem emitida pela autoridade já é objeto de sanção administrativa, civil ou processual – STJ, AgRg no AREsp 699.637/SP, e por isso não se aplicaria ao descumprimento das medidas protetivas, uma vez que tal ato seria "sancionado" com a possibilidade de decretação de prisão preventiva. A nosso sentir, há um equívoco no raciocínio, pois a

substituição de uma medida de natureza cautelar por outra cautelar mais gravosa – prisão – não constitui tecnicamente "sanção". Como se sabe, a prisão preventiva possui natureza acautelatória, associada ao *aumento dos riscos*, e não a um juízo propriamente sobre o fato imputado, que é precisamente sobre o qual se poderia falar em *punição*).

No entanto, não nos animaremos a sustentar a inconstitucionalidade da citada Lei nº 13.641/18, especificamente no que toca às medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha, dado que, no geral, elas se prestam a proteger, em maior extensão, as vítimas de tais delitos. A exceção fica por conta do citado inciso V, que cuida de deveres de natureza econômico-alimentar, cuja criminalização ultrapassa os limites da *proibição do excesso* em matéria penal, ignorando também outras sanções não penais igualmente suficientes à finalidade da Lei.

Prevê a Lei nº 13.641/18, então, a possibilidade de prisão em flagrante do agente que descumprir as medidas protetivas impostas, já que tal conduta agora constitui crime.

Ao que parece, a realidade vem revelando o desrespeito mais frequente que se pensa das medidas protetivas contra a violência doméstica. Há, inclusive, previsão de causa de aumento para o feminicídio praticado em violação a tais medidas, conforme se vê na Lei nº 13.771/18. Mais: a Lei nº 13.827/19 alterou a Lei nº 11.340/06 para autorizar que *a própria autoridade policial* afaste o agressor do lar caso constate risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher em situação de violência doméstica ou familiar, ou de seus dependentes. A hipótese, contudo, é restrita a Municípios que não sejam sede de Comarcas. O motivo para essa limitação, pensamos, é o fato de a maioria desses Municípios não ter um magistrado ali lotado, de forma que é comum haver um atraso burocrático na autorização judicial de afastamento.

Seja como for, caso esse procedimento seja adotado, o juiz e o Ministério Público deverão ser comunicados no prazo de 24 horas. A se lamentar somente a utilização do termo "liberdade provisória", no § 2º do dispositivo, que, tornamos a dizer, não condiz com a atual configuração do processo penal brasileiro.

A Lei nº 12.403/11 introduz inúmeras alternativas às prisões provisórias (art. 319 e art. 320, CPP), algumas das quais assemelhadas àquelas do art. 22 da Lei nº 11.340/06 (Maria da Penha).

Em princípio, o fato de se tratar de normas *gerais* não impedirá a sua aplicação também no âmbito dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher.

No particular, assinale-se que as cautelares da Lei Maria da Penha visam à proteção específica da vítima contra novos danos e/ou ameaça e perturbações de toda ordem. Assim, quando for o caso, nada impedirá a decretação de alguma(s) cautelar(es) do art. 319 e art. 320 do CPP, para garantia da aplicação da lei penal ou por conveniência da investigação ou da instrução. É dizer: o juiz poderá impor, isolada ou cumulativamente, tanto as medidas protetivas de urgência, quanto as cautelares pessoais do Código de Processo Penal.

Se necessário for, para garantia da execução das cautelares impostas (protetivas de urgência da Lei nº 11.340/06 e/ou cautelares do CPP), o juiz poderá decretar a prisão preventiva. Aliás, com o advento da Lei nº 13.641/18, até mesmo a autoridade policial pode decretar a prisão (em flagrante) daquele que desrespeita as medidas protetivas.

Ressalte-se que a aplicação da preventiva, em princípio, e, por força de lei, se dará de modo *subsidiário* ou *substitutivo* das medidas anteriormente impostas e eventualmente descumpridas, nos exatos termos do art. 313, III, CPP, cumulado com o art. 312 do mesmo Código.

No entanto, quando se tratar de crime para o qual a pena máxima prevista seja superior a quatro anos, nada impedirá a decretação *autônoma* da prisão preventiva (art. 313, I, CPP).

No particular, e no ponto, repise-se a ressalva em relação ao art. 20 da Lei nº 11.340/06, que autoriza a preventiva fora dos limites do art. 313, I, CPP, e de modo *autônomo*, conforme se vê em decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça (STJ – HC 170.443-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJE*, 8.9.2011).

De outra parte, nos termos do art. 15, a competência para os processos cíveis

regidos por essa Lei será a do Juizado (a) do domicílio ou da residência da vítima; (b) do lugar do fato; e (c) do domicílio do agressor, tudo segundo seja a escolha da mulher. Observe-se que os únicos processos cíveis regidos por essa Lei, como consta no art. 15, são os procedimentos cautelares de medidas protetivas, que, a seguir, veremos.

14.6.4 Medidas protetivas de urgência

Possivelmente com o objetivo de esclarecer eventuais dúvidas, a Lei nº 11.340/06 faz distinção tópica entre as medidas protetivas que obrigam o Agressor (art. 22) e aquelas que protegem a Ofendida. Como se vê, distinção e esclarecimento inúteis, e exatamente na matéria que deles não precisava.

Vejamo-las.

Diz o art. 22, em relação às primeiras (medidas protetivas que obrigam o agressor): constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento);

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios;

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; (Incluído pela Lei 13.984/2020)

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei 13.984/2020)

A suspensão da posse ou restrição do porte de armas (I) não oferece maiores dificuldades, podendo ser entendida tanto como uma cautelar de natureza cível quanto criminal, embora, a nosso juízo, por se tratar de matéria relativa à violência física (agressão) e/ou moral (ameaça), a medida se ajusta mais ao ambiente criminal. Se o agressor for policial ou membro de Poder Público cujo cargo autoriza a posse e porte de arma em razão do ofício, pensamos ser cabível apenas a restrição ao porte de armas.

As medidas alinhadas nos itens III e IV também podem ser compreendidas tanto como cautelares cíveis quanto criminais.

Percebe-se que as aludidas medidas recebem o reforço da Lei nº 12.403/11, que, alterando o nosso Código de Processo Penal, prevê diversas cautelares pessoais, diversas da prisão. Já tivemos oportunidade de delas cuidar. Por isso, remetemos o leitor ao Capítulo 11, e, também, às observações que acabamos de fazer no item anterior, acerca do cabimento das cautelares (art. 319, art. 320, CPP) no âmbito dos Juizados de Violência à Mulher, isolada ou cumulativamente com as medidas protetivas de urgência.

Já as medidas de afastamento do lar (II) e de prestação de alimentos provisórios (V) situam-se melhor no campo do direito de família, ainda que, relativamente à primeira hipótese, de afastamento do lar, se possa obter proveito em relação à proteção da vítima contra violência física ou moral, justificando a cautelar também no âmbito processual penal.

Por fim, as novas medidas de comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação (inciso VI) e de acompanhamento psicossocial do agressor (inciso VII) não possuem, à toda evidência, natureza penal ou processual, tratando-se de providências de cunho exclusivamente civil.

De outro lado, as medidas protetivas de urgência que visam proteger diretamente a mulher vêm arroladas no art. 23, Lei nº 11.340/06:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após o afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda de filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos;

V – determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Além de outras, previstas no art. 24. A registrar apenas a medida relativa à separação de corpos, tipicamente do direito de família.

As demais, bem como aquelas do art. 24, não oferecem quaisquer indagações, tendo em vista a natureza evidentemente cível de todas elas. Valem, também aqui, as observações que fizemos em relação à competência do Juiz de Família e do Juízo Criminal, até que não instalados os Juizados (item 14.6.2).

Noutro giro, a Lei nº 13.505/17 trouxe novas regras (e novos artigos à Lei nº 11.340/06) quanto à inquirição da mulher no âmbito da violência doméstica, que agora será feita preferencialmente por servidora do sexo feminino, determinando (art. 10-A, § 1º) que em nenhuma hipótese haverá contato direto entre a vítima (e familiares) e os investigados (e pessoas a eles relacionadas), e tampouco revitimização – que ocorre quando há sucessivas inquirições sobre o mesmo fato – ou questionamentos sobre a vida privada. Ainda, no § 2º do mesmo artigo, há previsão de que a mulher será inquirida em recinto especialmente projetado para esse fim, devendo, se for o caso, a inquirição ser intermediada por profissional especializado (designado pela autoridade policial ou judiciária). Por fim, o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, e a mídia deverá integrar o inquérito junto à respectiva degravação.

14.7 Processo e procedimentos especiais

14.7.1 Dos processos de competência originária

Atualmente é a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que regulamenta o procedimento a ser seguido nos crimes de competência originária dos Tribunais Superiores (STF e STJ), bem como dos Tribunais de Justiça e dos Tribunai Regionais Federais, por força da Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993. Deverão ser observados também as normas dos respectivos Regimentos Internos, desde que não conflitantes com a citada legislação.

Por competência originária deve-se entender o julgamento dos crimes nos quais os seus acusados tenham privatividade de foro, decorrente de prerrogativa de função assegurada constitucionalmente. Desnecessária aqui nova incursão à Lei nº 10.628/02, que alterou a redação do art. 84 do CPP, tendo em vista que a respectiva abordagem já foi feita em espaço temático mais adequado, conforme disposto no item 7.3.5.2, a que ora remetemos o leitor.

Conforme já se observa do disposto no art. 2º da aludida Lei nº 8.038/90, os tribunais têm competência também para regulamentar determinadas matérias relativas ao julgamento de ação penal de sua competência originária.

Assim, por exemplo, nada impede que o julgamento de prefeitos, nos Tribunais de Justiça, seja reservado, pelo respectivo Regimento Interno, a alguns de seus órgãos colegiados, não se exigindo o processo e julgamento pelo plenário do tribunal, como já reconheceu o E. Supremo Tribunal Federal (STF, JSTF – 233/288; RT nº 750/523). Aliás, a Suprema Corte vem de alterar o seu Regimento Interno, por meio da Emenda Regimental 57/2020, restabelecendo a competência do Plenário para julgar as ações penais originárias contra as autoridades com foro privativo naquela Corte, incluindo Senadores e Deputados (a redação anterior restringia a competência do Plenário ao julgamento dos *Presidentes* das respectivas Casas Legislativas) (art. 5º do RISTF).

É aplicável àquela Corte o recurso de embargos infringentes previsto no art. 333 do RISTF, inclusive em casos de julgamento pelo *Plenário*, se houver o mínimo de 4

(quatro) votos vencidos. Não repetiremos as críticas que ali faremos a semelhante dispositivo.

A fase investigatória e, sobretudo, o inquérito policial devem ter tramitação perante o próprio órgão da jurisdição, competente para o processo e julgamento da futura ação penal.

No caso de inquérito policial, em que a tramitação ocorre necessariamente perante o Judiciário, por força de lei, os pedidos de prorrogação do prazo de conclusão do procedimento, bem como todas as providências de natureza cautelar necessárias ao bom andamento das investigações, devem ser de iniciativa do tribunal competente, e, mais precisamente, do Relator a quem for distribuído o inquérito (art. 2º, Lei nº 8.038/90). Assim ocorrerá em relação aos mandados de busca e apreensão, à imposição das cautelares pessoais do art. 319 e do art. 320, CPP, à decretação de prisão preventiva, quando couber, ao relaxamento de prisão, à aplicação da liberdade provisória etc.

Esclareça-se, no ponto, que, embora o Tribunal atue na supervisão e no controle de legalidade da investigação, não há que se falar na necessidade de *autorização* judicial para a instauração do inquérito policial. Supervisão, insista-se, não implica titularidade acerca da pertinência ou cabimento da investigação, mas tão somente o controle de sua legalidade.

No julgamento da questão de ordem na PET 3825 – Inq. 2963, a Suprema Corte decidiu que, em tais situações, de foro privativo por prerrogativa de função, somente o Ministério Público poderia decidir pela instauração da investigação, mediante *requisição*, sendo vedado à autoridade policial a atuação *de ofício*. Por isso mesmo, decidiu-se também pela impossibilidade de indiciamento do investigado.

Como vimos, alguns agentes políticos não podem ser presos preventivamente e outros nem mesmo em flagrante, salvo quando inafiançável a infração. Já esclarecemos a questão da inafiançabilidade e seu remoto significado. Por isso, remetemos o leitor ao Capítulo 11, não sem antes reiterar: a inafiançabilidade não implica a proibição da restituição da liberdade; o juiz deverá concedê-la, se ausentes as razões da preventiva, devendo impor algumas das cautelares pessoais diversas da prisão (art.

310, II, c/c art. 319, art. 320, CPP). Naturalmente, tal não se aplica (imposição de cautelares) ao Presidente da República (art. 86, § 3º, CF), em razão de não ser cabível a preventiva para essa autoridade.

O rito procedimental da ação penal originária inicia-se com a remessa dos autos da investigação ao Ministério Público, que terá o prazo de 15 dias para oferecer a denúncia, ou para requerer o arquivamento do inquérito ou das peças informativas (art. 1º).

Tratando-se de réu preso, o prazo será de cinco dias, seguindo, aliás, o procedimento comum previsto no Código de Processo Penal.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê a possibilidade de arquivamento de ofício do inquérito, sem o requerimento do Ministério Público (art. 231, § 4º).

A medida, como se vê, transborda os limites da lei, consoante a regra do art. 3º, I, Lei nº 8.038/90. No entanto, como o Tribunal (qualquer um) pode conceder *habeas corpus* de ofício em casos de manifesta ilegalidade (atipicidade manifesta, extinção da punibilidade), seria inócuo insistir na ilegalidade da providência.

A instrução, a ser presidida pelo juiz relator, escolhido segundo dispuser o Regimento Interno, inicia-se com a apresentação da denúncia ou da queixa ao tribunal.

O Tribunal, antes de receber a denúncia, deverá notificar o acusado, para que este ofereça a resposta, ou contestação, no prazo de 15 dias. Caso haja mais de um acusado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que este prazo será dobrado (Questão de Ordem no INQ nº 3.983), em aplicação analógica do art. 191 do Código de Processo Civil –*salvo se tratar-se de processo eletrônico, quando não há prazo em dobro* (INQ nº 3.980 QO/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, 7.6.2016).

De se ver, então, que a Lei nº 8.038/90 estabelece duas modalidades de resposta. A primeira, antes do recebimento da peça acusatória, e, a segunda, após a citação do acusado, para fins de apresentação de defesa prévia, estando já recebida a denúncia ou queixa (arts. 7º e 8º).

Note-se, então, que a citada legislação ainda contempla a antiga regra do CPP – já

revogada pelos novos ritos da Lei nº 11.719/08 – que previa a citação *para o interrogatório*, seguido de apresentação de defesa prévia, na qual se arrolariam as diligências probatórias que entendesse cabíveis a defesa.

Problema maior sequer seria esse, mas, sim, o fato de ainda se prever o interrogatório como primeiro ato de instrução, algo já banido no CPP para os procedimentos (comum – sumário e ordinário) ali previstos (recentemente o STF assentou que o interrogatório deve ser feito ao final da instrução, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, até mesmo no rito da Lei nº 8.038/90 e no processo penal militar – ainda que haja regra expressa no sentido contrário em ambos procedimentos! HC nº 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, 3.3.2016). O que fazer?

A solução mais adequada ao atual sistema processual brasileiro seria a de dar-se por *ab-rogadas* algumas regras da aludida Lei nº 8.038/90, de modo a que se estabeleça o seguinte rito:

a) a notificação para a resposta escrita haverá de ser feita nos moldes do art. 396 do CPP, facultando-se e abrindo-se à defesa a possibilidade de apresentação de todas as modalidades defensivas ali previstas;
b) não sendo citado o réu pessoalmente, o referido ato processual deverá ser feito por edital;
c) apresentada a resposta, deverá o tribunal designar data para o recebimento da peça acusatória. Se o acusado, citado pessoalmente, não apresentar resposta, deverá ser designado defensor para fazê-lo (art. 396-A);
d) uma vez que seja recebida a denúncia ou queixa, deverá o tribunal seguir com a instrução, ouvindo-se as testemunhas de acusação, bem como as demais provas por esta arroladas; após o que, deverão ser produzidas as provas requeridas pela defesa.

Importante salientar que a supressão da defesa prévia, tal como aqui sustentado, se justifica pelo afastamento do interrogatório da fase inicial, resguardando-se o referido ato para o final da instrução. Tudo que poderia ser dito na defesa prévia do art. 8º

(Lei nº 8.038/90) poderia sê-lo, em maior amplitude, na resposta escrita anterior ao recebimento da denúncia ou queixa. O Supremo Tribunal Federal vem aceitando esse entendimento, conforme se vê no julgamento da AP 528-Agr/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Por outro lado, pensamos ser perfeitamente aplicável às ações penais originárias o disposto no art. 366 do CPP, quando se tratar de réu, citado por edital, que não compareça perante o tribunal nem constitua defensor. O que deve ser preservado, e essa é a *ratio essendi* da norma, é a possibilidade de efetiva defesa do acusado citado por edital. Assim, cabíveis também a suspensão do processo e do prazo prescricional.

Dispõe o art. 5º que, apresentada a resposta, se esta estiver acompanhada de documentos, sobre eles terá vista o órgão da acusação (art. 5º). Regra típica de processo de natureza cível!

Ora, não há razão alguma para a manifestação da acusação sobre eventuais documentos trazidos com a resposta escrita. Sobre eles poderá se manifestar o Ministério Público ou o querelante (na ação privada) por ocasião da instrução e em alegações finais. O processo penal não se orienta pela ampla acusação, mas, ao contrário, pela ampla defesa.

E não é só: no INQ nº 3.983/DF, Rel. orig. Min. Teori Zavascki, Red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 3.9.2015, o STF decidiu "importar" regra prevista no Código de Processo Civil (art. 191: "Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos" [art. 229 do CPC/2015]) para o rito da Lei nº 8.038/90, a ser aplicada já a partir da resposta à *apresentação* da denúncia. A primeira manifestação daquela Corte, nesse sentido, havia ocorrido na Ação Penal nº 470, o famoso "Mensalão", e ali a medida se justificava ante a quantidade de acusados e da complexidade dos fatos em apuração. Daí a adotar essa solução, que não se coaduna com nenhum dos demais procedimentos em processo penal, como **regra** nos parece uma extrapolação equivocada. Melhor seria se sua aplicabilidade permanecesse restrita a casos excepcionais, a serem devidamente justificados pelo juízo. No entanto, a Suprema Corte recentemente manteve sua posição (Questão de Ordem no

INQ nº 3.983), concedendo o prazo dobrado para a apresentação da resposta no rito da Lei nº 8.038/90, havendo pluralidade de acusados.

Pode ser também que o tribunal entenda não ser o caso de recebimento da acusação, seja por questões processuais, seja por entender pela inexistência de crime (atipicidade, excludentes de ilicitude ou até de culpabilidade comprovadas). No primeiro caso, ele a rejeitará (art. 6º, Lei nº 8.038/90, c/c art. 395, CPP); no segundo julgará improcedente a acusação, valendo-se daquelas hipóteses previstas para a absolvição sumária dispostas no art. 397, CPP. É dizer: seja como improcedência, atendendo-se ao disposto na legislação específica (art. 6º, Lei nº 8.038/90), seja como absolvição sumária, aplicando-se a regra do CPP (art. 397), o tribunal poderá antecipar o julgamento do mérito.

Portanto, e, em resumo: quando se tratar de rejeição da denúncia, parece-nos que o juízo que sobre a matéria se estende é simplesmente de viabilidade da ação, devendo-se deixar o exame acerca de qualquer questão de mérito, atipicidade incluída, para a decisão de improcedência, com o que se alinharia a citada Lei nº 8.038/90 às mudanças procedimentais trazidas pela Lei nº 11.719/08, sobretudo na parte em que se prevê a absolvição sumária para o reconhecimento imediato da atipicidade, de causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade, bem como de causas extintivas da punibilidade (art. 397, CPP).

De ver-se que o nosso Código de Processo Penal não se refere mais à improcedência da ação. Quando o fazia, limitava-a ao procedimento do Tribunal do Júri, por ocasião da decisão de impronúncia, conforme o disposto na antiga e revogada redação do art. 409, CPP.

Já aqui, na Lei nº 8.038/90, em que a improcedência da acusação deve ser feita antes da realização da fase instrutória, à maneira da absolvição sumária do art. 397 do processo comum na primeira instância, pensamos que se deverá observar, por analogia, o conteúdo da matéria versada no aludido art. 397, CPP, para fins de distinção entre a improcedência e a absolvição final.

Na verdade, embora a Lei nº 11.719/08 faça remissão apenas aos procedimentos de primeira instância (art. 394, § 4º, CPP), nada impede que os Tribunais se

apropriem, *por analogia*, de alguma das modalidades de decisões ali contidas (absolvição sumária, interrogatório etc.), perfeitamente adequadas ao modelo procedimental aplicado em segunda instância. Note-se que, a rigor, **não se trataria de analogia**, já que não existiria lacuna na Lei nº 8.038/90 sobre a matéria. Tecnicamente, o mais adequado é falar-se em *ab-rogação* (revogação parcial).

A continuar como está, impende observar que, se a decisão de improcedência se fundar em ausência de provas, por exemplo, e não em atipicidade ou qualquer causa extintiva da punibilidade, não vemos como se possa sustentar o trancamento em definitivo da questão, como se a hipótese fosse de coisa julgada material. Quando a acusação se propuser a demonstrar a autoria do fato por meio de prova testemunhal, a decisão do tribunal que julgar improcedente a acusação não poderá ser admitida, ou, quando o for, não poderá ter, por consequência, a eficácia preclusiva de coisa julgada material, porquanto não se cuidará de sentença absolutória, nem por analogia.

Qualquer que seja a decisão, no entanto – exceto a de recebimento da peça acusatória, contra a qual se poderá manejar apenas o *habeas corpus* –, o único recurso cabível, em tese, seria o recurso especial e/ou o recurso extraordinário. É que, tratando-se de ação penal de competência originária, não existe duplo grau de jurisdição. O controle dos atos judiciais ali realizados não poderá, pois, ser realizado na via ordinária. Daí, somente possível, e quando cabível, o manejo dos recursos extraordinários, isto é, o recurso especial e o recurso extraordinário.

Ouvidas todas as testemunhas, será facultado às partes o requerimento de diligências finais, no prazo de cinco dias.

Feito isso, as partes poderão oferecer, no prazo de 15 dias, as suas alegações finais escritas, após o que, não determinada, de ofício, a realização de quaisquer diligências, designar-se-á dia para o julgamento do processo (art. 11).

Na data marcada, após a manifestação oral das partes, pelo prazo de uma hora, proceder-se-á ao julgamento (art. 12).

14.7.2 Crimes contra a honra

Embora ainda constantes do Código de Processo Penal como procedimento especial, os crimes contra a honra, incluindo o de difamação, submetem-se ao rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, constituindo infrações de menor potencial ofensivo.

Fica aqui unicamente o registro do procedimento, em atenção ao fato de não ter sido feita a modificação legislativa expressa de tais crimes para aqueles do rito sumaríssimo.

No caso de acertada a reconciliação, o querelante deverá assinar um termo de desistência da queixa, cuja consequência será a absolvição por extinção da punibilidade (art. 397, IV, CPP, por analogia). Igualmente, será isento de pena o querelado que, antes da sentença, retrair-se cabalmente da calúnia ou da difamação (art. 183, CP).

Na hipótese de o querelado pretender provar a veracidade da afirmação tida como desonrosa, deverá fazê-lo por meio do que o Código de Processo Penal chama de *exceção da verdade*.

Na realidade, a exceção ali mencionada não é procedimental, mas excludente da ilicitude. Sendo assim, não haveria necessidade alguma do oferecimento dela em separado, para autuação em apenso, como ocorre com as demais exceções processuais.

Todavia, parece-nos conveniente que assim se proceda, quando se tratar de querelado que goze de prerrogativa de função, nos crimes comuns. É que, nesse caso, caberá ao tribunal competente para julgá-lo nos crimes comuns o julgamento da exceção da verdade, porquanto o conteúdo desta exceção pode, inegavelmente, conter a afirmação de fato que constitua, por si só, infração penal.

Assim, e dando cumprimento ao que dispõe o art. 85 do CPP, os autos da exceção seriam remetidos ao tribunal competente por prerrogativa de função, permanecendo os autos da ação penal no juízo de origem (da queixa).

Oferecida, então, a exceção, o querelante, autor da ação penal, poderá contestá-la no prazo de dois dias, podendo inquirir as testemunhas arroladas na queixa, ou outras

indicadas naquela oportunidade, desde que não seja ultrapassado o número máximo de oito testemunhas.

Havendo, por fim, o pedido de explicações de que trata o art. 144 do CP, sobre ele não se proferirá decisão alguma, sobre serem as explicações dadas satisfatórias ou não. Na verdade, o pedido de explicações tem o objetivo de esclarecer, para o querelante, o real conteúdo da afirmação por ele reputada desonrosa. Não se satisfazendo com elas, ele adotará as providências que lhe parecerem cabíveis.

As explicações poderão até servir de matéria de defesa por parte do querelado, quando instaurada a ação penal, na medida em que se prestarem a esclarecer a inexistência de intenção caluniosa, ou mesmo em relação à natureza e à própria existência dos fatos então afirmados. Por isso, a apreciação de seu conteúdo, a valoração de seus efeitos e as consequências na órbita do patrimônio moral do querelado serão da competência do Juiz Criminal, por ocasião da prolação da sentença.

14.7.3 Crimes de responsabilidade de funcionários públicos

Uma observação deve ser feita desde o início: a expressão *crimes de responsabilidade* não está se referindo àquelas infrações políticas previstas na Constituição Federal para determinadas autoridades públicas; cuida-se, aqui, é de crime comum mesmo.

O rito é o ordinário, em face do quanto previsto no art. 394, § 4º, CPP, que manda sejam aplicadas as disposições do art. 395 ao art. 397, CPP, a todos os procedimentos da primeira instância, em quaisquer ritos, salvo as exceções ali mencionadas (Júri, Juizados Especiais Criminais).

Assim, deverão ser cumpridas as etapas do art. 395 ao art. 397 do CPP, ou seja:

a) a peça acusatória poderá ser rejeitada por questões processuais alinhadas no ar 395;
b) se não o for, a denúncia ou queixa será recebida, determinando-se a citação do

acusado para a apresentação de resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 396 e art. 396-A);

c) com a resposta, o juiz poderá absolver sumariamente o acusado, nas hipóteses mencionadas no art. 397, CPP.

Ora, como após essa fase, isto é, após o recebimento da peça acusatória, prevê o art. 517 a adoção do rito ordinário, as diferenças entre o procedimento nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos e o rito ordinário não mais existem.

A nosso juízo, ficam também revogadas as disposições do art. 516, CPP, no qual se previa a possibilidade de rejeição da denúncia ou queixa ou a improcedência da ação. Impõe-se a uniformidade de decisões judiciais, na forma, então, do art. 395, art. 397, na fase preliminar, e, após a instrução, do art. 386, todos do CPP, quando se tratar, por óbvio, de decisões absolutórias e/ou de rejeição da peça acusatória.

É importante assinalar, ainda, que o citado procedimento somente será cabível para os crimes assim definidos no Código Penal, sob a rubrica "*Dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral*". Para os demais, mesmo quando praticados por servidor público, ou quando praticados por particulares contra a Administração Pública, o rito será o comum (ordinário ou sumário) previsto para cada crime.

No entanto, como se observa no art. 513 do CPP, a lei parece prever uma *condição de procedibilidade*, ou condição específica da ação (para nós, classificada como *possibilidade jurídica do pedido*), exigindo que a denúncia ou queixa esteja já acompanhada de documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito, ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas. O fato decorria da proibição de instauração de inquérito policial contra funcionários públicos, reminiscência do antigo Código Criminal do Império.

Como se nota, ao tempo do Código, havia uma significativa preocupação com a iniciativa penal instaurada contra servidores públicos, por crimes praticados contra a Administração. Diante das graves consequências e transtornos que uma ação penal

dessa natureza pode causar no desenvolvimento da atividade administrativa, entendeu o legislador de exigir um suporte mínimo de prova para o ajuizamento da demanda. Algo como *a justa causa*, como condição da ação, como tivemos oportunidade de examinar no capítulo próprio.

Atualmente, a jurisprudência sempre entendeu que essa exigência estaria superada quando a apuração inicial de possível delito fosse realizada por meio de inquérito policial, já permitido pelo Código de Processo Penal de 1941, ocasião em que o inculpado (futuro acusado na ação penal) não seria surpreendido com o oferecimento da ação penal e poderia, quanto possível, oferecer as provas da inexistência do crime.

No entanto, em tempos mais recentes, a jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal parece um tanto quanto insegura quanto ao acerto desse entendimento, ao menos quando se tratar de infrações penais para as quais sejam cabíveis a fiança, conforme se verifica no julgamento do HC nº 85.779/RJ, Plenário Rel. p/acórdão a Min. Cármen Lúcia, e, mais especificamente, na decisão atinente ao HC nº 89.686/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 12.6.2007.

No primeiro julgamento, ainda se manteve a antiga orientação, mas já se sinalizava com a revisão futura do julgado naquela Turma, quando se tratasse de infração penal afiançável, o que parece ter ocorrido no segundo julgamento (HC nº 89.686, Rel. Min Sepúlveda Pertence, *DJ* 17.8.2007), no qual, aliás, se fez referência expressa à decisão, em *obter dictum*, proferida no primeiro – HC nº 85.779/RJ (*Informativo* nº 457 – STF). A distinção entre infrações afiançáveis e infrações inafiançáveis remonta à redação originária do nosso Código de Processo Penal, em 1941, como critério de concessão ou não de liberdade provisória ao réu preso em flagrante, segundo a gravidade do delito. Hoje, a partir da Lei nº 12.403/11, que prevê a fiança apenas como *mais uma medida cautelar*, a distinção perdeu o sentido.

Bem. Para início de conversa, pensamos já revogada a disposição do art. 514, CPP, particularmente no que diz respeito à distinção entre crimes afiançáveis e inafiançáveis, para fins de determinação de forma procedimental.

E revogada também quanto ao seu conteúdo, na medida em que o art. 394, § 4º, CPP, aplicável a todos os procedimentos de primeira instância, seja comum ou

especial, faz prevalecer a norma do art. 396, CPP, que prevê a citação (e não a notificação) para a apresentação de resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (e não mais de 15). Assim, a matéria foi inteiramente abarcada em lei superveniente (Lei nº 11.719/08), estando já, e por isso, revogada.

E com o devido respeito a todos os membros daquela Corte (Turma, no caso) que aderiram à orientação, não vemos como lhes seguir os passos. A razão de se prever um rito especial – aplicável apenas aos funcionários públicos – haveria que ser racionalmente justificada, até porque, não fosse assim, haveria violação à regra da isonomia (por que os funcionários públicos teriam mais ou maior direito à ampla defesa que os demais??). Como, em geral, os elementos indiciários a sustentar a demanda penal contra funcionários públicos reuniam-se em procedimentos administrativos de apuração de infração disciplinar, os acusados neste tipo de delitos (art. 513, CPP) – *Crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral, segundo o Código Penal* – poderiam ser surpreendidos com a instauração de ação penal, se inexistente uma investigação criminal específica, caso do inquérito policial.

Também a anterior previsão de apresentação de defesa prévia (art. 514, CPP), inexistente ainda para a maioria esmagadora dos demais acusados, cumpria a mesma missão, acrescida de outro fundamento: tratando-se de servidor público, a cautela com os efeitos imediatos de uma ação penal justificava-se e se justifica na preservação do serviço público, inevitavelmente atingido pelos fatos.

Eis outra questão: ter-se-ia nulidade absoluta em decorrência da não observância das aludidas disposições (arts. 513 e 514), nos processos já em curso, antes da nova legislação?

Pensamos que não, precisamente pelas razões já apontadas, que indicam os fundamentos da distinção de tratamento entre acusados (funcionários ou não). Nesse sentido, decisão da Suprema Corte, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia (HC n 97.033-8 – SP).

Com a unificação de procedimentos (Lei nº 11.719/08), não há razão alguma para se insistir no tema.

O rito, como se vê, rigorosamente, é o ordinário. E as decisões judiciais anteriormente previstas no art. 516 devem ser redirecionadas para os art. 395 e 397, CPP, não se aplicando mais a decisão de improcedência da ação, que nem se sabia exatamente o seu real significado, quanto à eficácia preclusiva de seus efeitos.

Uma última observação: a justificação (oitiva antecipada de testemunha, fora do Juiz Criminal) mencionada pelo art. 381, § 5º, do atual CPC, que poderia instruir tanto a peça acusatória como a resposta do réu (art. 515, parágrafo único, e art. 396-A, CPP), não é procedimento probatório realizado em contraditório, nem é realizadc diante do Juiz Criminal, que seria o juiz da causa. Trata-se de medida acautelatória prevista no CPC (arts. 381 e seguintes).

Remetemos o leitor, então, aos estudos acerca do rito ordinário (14.2.1).

14.7.4 Crimes de tráfico de drogas

Em matéria de tráfico de drogas e de entorpecentes, não há mais quaisquer dúvidas em relação às normas de regência. A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, revogou, expressamente, as anteriores, Leis nºs 6.368/76 e 10.409/02, consoante se vê do disposto no art. 75 da referida legislação, passando a disciplinar a totalidade da matéria. Ressalva feita, por certo aos efeitos ultrativos da legislação anterior, quando mais benéfica que a nova, caso típico do *uso* de drogas (art. 28, Lei nº 11.343/06) e das penas previstas para o tráfico na legislação revogada.

Neste *Curso*, habitualmente, limitamo-nos a analisar os aspectos processuais penais das legislações que cuidaram do tema. E assim prosseguiremos.

Não há, contudo, como não registrar o avanço no tratamento reservado ao usuário de drogas, visto então sob perspectiva muito mais terapêutica que punitiva.

Com efeito, com o propósito declarado de promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país (art. 5º, II), a Lei nº 11.343/06 levanta questões de extrema importância para a sociedade brasileira, adormecida há muito tempo sobre a realidade das drogas e sobre a relação que com ela mantêm os seus usuários.

Veja-se, por exemplo, que o disposto no art. 19, I, reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence, e no art. 19, III, o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas, procuram levar a discussão sobre as drogas para outro patamar, que não seja o da reprovabilidade moral, realçando a necessidade de avaliar as consequências sociais do uso de drogas, como limite da incriminação e da reprovação.

Nessa linha, a criação de um tipo penal específico para a vedação de condução de embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (art. 39, Lei nº 11.343/06) bem demonstra que, tal como ocorre com a bebida alcoólica, o juízo de reprovação sobre quaisquer condutas deve estar conectado com a efetiva proteção de bens jurídicos ou com a fundada limitação das liberdades. Por isso, trata-se aquele que, conduzindo embarcação ou aeronave, expõe terceiros a perigo potencial de dano não como uma pessoa a ser punida, mas como uma pessoa causadora de um fato a ser punido. Direito Penal do fato, pois. Não o fato do uso, em si, mas do risco que dele decorre.

De ver-se, ainda, que, embora a Lei se refira à embarcação e à aeronave, na cominação da pena se fala também em veículo (apreensão e cassação da habilitação). Todavia, nem seria necessária a referência expressa; basta ver o disposto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503/97, que contempla a hipótese de condução de veículo automotor *sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência* (redação dada pela Lei nº 12.760/12). E a pena, como não poderia deixar de ser, é a mesma em ambos os dispositivos (art. 39, Lei nº 11.343/06 e art. 306, Lei nº 9.503/97).

Outra questão: teria a aludida legislação descriminalizado o uso de entorpecentes? E, se assim foi, estaria a sociedade brasileira correndo riscos maiores que já corria?

O art. 28 prevê as sanções de advertência sobre os efeitos da droga (I); a prestação de serviços à comunidade (II); e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (III); tanto para aquele que adquire, guarda ou transporta para uso próprio (*caput*), quanto para aquele que semeia, cultiva ou colhe plantas

destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de provocar dependência física ou psíquica (art. 28, § 1º).

E, para garantia do cumprimento de tais sanções, prevê a possibilidade de o juiz submeter o usuário, à (a) admoestação verbal (art. 28, § 6º, I), e (b) multa (art. 28, § 6º, II).

Nada, portanto, de sanção privativa da liberdade.

E, por isso, há quem sustente a descriminalização do uso de drogas.

Semelhante ponto de vista, contudo, não encontra abrigo no universo jurídico, e, do ponto de vista político, é ainda mais problemático.

No primeiro aspecto, parece-nos fora de dúvidas que o manejo do art. 1º do Decreto-lei nº 3.914/41, a denominada Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais, não resiste à análise mínima. Diz o citado art. 1º: "*Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção... e contravenção, a infração penal a que a lei comina pena de prisão simples...*".

Ora, para ficarmos apenas no âmbito de uma argumentação em nível do Direito Penal e da Ciência do Direito Penal, é bem de ver que tal raciocínio pretende confinar o Direito Penal, não às regras da natureza, como fez o causalismo em relação à ação na teoria do crime, mas, pior, às definições prévias, imutáveis e intangíveis, criadas pelo próprio Direito, como se o conceito de crime, uma vez dado no ordenamento jurídico, jamais pudesse ser alterado! Talvez, nem mesmo pela Constituição, já que se trataria de uma entidade construída pela cultura do homem.

Certamente que semelhante interpretação não há de ser acolhida. O Direito não pode perder sua capacidade regulativa, já que exatamente para permitir a coexistência é que dele nos socorremos, malgrado os infindáveis abusos legislativos em sentido contrário.

Não bastasse, o Direito Penal da atualidade parece caminhar na busca de soluções alternativas às penas privativas da liberdade, e, por razões as mais óbvias. E nem por isso deverá deixar de ser Direito Penal, quando se puder obter maior eficácia das normas de proteção, ou, quando nada, para satisfazer aos reclamos de tantos quantos

esperam uma intervenção estatal em seu favor, se legítima a pretensão (proteção contra a violência, por exemplo). Ver, sobre o tema, as considerações de Jesus Maria Silva Sanches sobre o Direito Penal da Terceira Velocidade (*A expansão do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

Do ponto de vista político, impende salientar que a prevalência de uma interpretação desta natureza – da descriminalização do uso – certamente trará graves consequências no futuro, diante do notório poderio da manipulação da opinião pública, sempre ao alcance de legislações cada vez mais irracionalmente radicais, com promessas mirabolantes de solução para todos os males. Melhor, assim, que se trate mesmo da matéria como de Direito Penal.

De qualquer ângulo que se veja a questão, portanto, e particularmente da perspectiva da Lei nº 11.343/06, não há que se falar em descriminalização do uso de drogas e nem de incentivo ao seu consumo. O que está a ser discutido é a necessária separação no tratamento do tráfico e do consumo de drogas. Uma indagação singela: se é punindo o usuário que se acaba com o tráfico, fazendo dele (usuário) mero instrumento de realização de determinada política, por que não devemos, de imediato, proibir também a venda de qualquer bebida alcoólica, para impedir os crimes praticados no trânsito?

a) Da investigação

Havendo prisão em flagrante ou mesmo prisão preventiva, o prazo de encerramento do inquérito será de 30 (trinta) dias. Tratando-se de réu solto, isto é, não havendo o flagrante, o prazo será de 90 (noventa) dias (art. 51). Havendo necessidade, e uma vez ouvido o Ministério Público, pode o juiz, fundamentadamente, duplicar os aludidos prazos (parágrafo único, art. 51).

A oitiva do Ministério Público parece-nos mesmo indispensável, já que a ele caberá o juízo de valoração jurídico-penal da matéria (juízo acusatório, ou não). Antevendo, por exemplo, eventual desclassificação do fato inicialmente capitulado pela autoridade policial, a intervenção do Ministério Público será de suma importância para uma mais adequada tutela das liberdades públicas.

No caso de prisão em flagrante, que deve ser comunicada por cópia, imediatamente, ao juiz, deverá o respectivo auto (de prisão em flagrante) ser encaminhado, no prazo de 24 horas, ao Ministério Público (art. 50).

Como já vimos no item relativo às prisões (11.6), em se tratando de prisão temporária, o prazo para a conclusão do inquérito previsto no art. 51 somente começa a contar a partir de seu exaurimento (da prisão temporária). Note-se que a manutenção da prisão em flagrante se fundamenta, necessariamente, nas razões e motivações da prisão preventiva. Por isso, e porque esta, a prisão preventiva, não tem previsão legal de durabilidade, considera-se que o prazo para a conclusão das investigações deve abranger tanto uma quanto a outra modalidade de prisão (flagrante e preventiva). Já a prisão temporária tem outros pressupostos, permitindo, inclusive, a prorrogação até 60 dias para os crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, art 2º, § 4º).

A Lei nº 12.403/11, norma de conteúdo geral, introduz inúmeras alternativas à prisão provisória, instituindo várias medidas cautelares, diversas da prisão.

E, embora a Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06, deva ser considerada *especial* em relação ao Código de Processo Penal, não vemos como e nem por que não se aplicar a essas infrações as alternativas cautelares do art. 319 e do art. 320, CPP. O entendimento no sentido de que, em se tratando de tráfico de drogas, a única medida cautelar suficiente seria a decretação da prisão implica grave retrocesso (e de quase um século) na cultura legislativa da segurança pública.

Nesse ponto, atente o leitor para o fato de que, dependendo das circunstâncias do caso concreto, a própria legislação penal prevê a redução da pena, de um sexto a dois terços, no caso de tráfico praticado por pessoa sem antecedentes penais, sem vínculo com organizações criminosas e/ou que não se dedique a atividades ilícitas (art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/06). Em tais circunstâncias, e quando se puder antever a aplicação de pena mais branda, a obrigatoriedade da imposição de prisão cautelar se mostra inteiramente desproporcional.

Em casos assim, e, sobretudo, quando não houver prisão em flagrante, pensamos ser a hipótese de imposição preferencial de outra medida cautelar, diversa da prisão.

Contudo, em compreensão que nos soava como um retrocesso, o STJ se orientava na direção oposta, como se via no Enunciado 512 da sua Súmula de Jurisprudência, que mantinha o caráter hediondo para o crime praticado nas condições descritas no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas – o chamado "tráfico privilegiado". Não obstante, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou este entendimento no HC nº 118.533/MS (Rel. Min. Cármen Lúcia, 23.6.2016), afastando de vez a natureza hedionda desta figura típica e alinhando-se a uma visão mais moderna da persecução penal relativa ao tráfico de drogas. Acompanhando a evolução, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a referida súmula.

Encerrado o prazo de investigação, e devidamente relatado pela autoridade policial, com os detalhes mencionados no art. 52, I (quantidade e natureza da substância, local e circunstâncias do fato, antecedentes do agente etc.), os autos serão encaminhados ao juiz. Se necessárias novas diligências, assim o requererá a autoridade policial, que poderá realizá-las, independentemente da presença física dos autos de investigação, se e desde que necessárias ou úteis à plena elucidação do fato ou necessárias ou úteis à indicação de bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, conforme o previsto nos incisos I e II do parágrafo único do mesmo art. 52. Em qualquer caso, o resultado das diligências deve ser encaminhado ao juiz competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Como se vê, a preocupação das investigações em crimes dessa natureza se relaciona não só com o fato, em si, mas com as eventuais consequências e repercussões dele, também em relação ao produto do crime. Já veremos que a legislação atual, na linha das anteriores, prevê inúmeras medidas acautelatórias em relação aos bens apreendidos, estabelecendo hipóteses de sua alienação e perdimento.

O aludido dispositivo (art. 52, parágrafo único) merece atenção: sendo absolutamente indispensáveis à comprovação de autoria, materialidade e demais circunstâncias relevantes do fato, ou à descoberta (indicação) de bens, direitos e valores que possam ter ligação com o fato criminoso, a autoridade policial poderá

realizar diligências mesmo quando já relatado o inquérito policial e já oferecida a denúncia pelo Ministério Público. A única exigência que se lhe faz é o encaminhamento delas (diligências) no prazo de até três dias da audiência de instrução e julgamento. É dizer, mesmo quando já oferecida a denúncia, pode a autoridade policial adotar providências para maiores esclarecimentos dos fatos.

A previsão, no entanto, há de ser recebida como exceção e somente admitida quando disser respeito aos elementos indiciários (a rigor, não se fala em prova, antes da ação penal) que não puderam ser colhidos durante o inquérito (novos elementos, portanto). Do contrário, ou seja, em se tratando de material já disponível, e que não modifica o conjunto indiciário até então coletado, deve o Ministério Público, uma vez informado de sua existência pela Polícia, requerer ao Juiz a produção da prova, já sob o contraditório.

Acrescente-se, ainda, que, em qualquer situação, como a Lei se refere à audiência de instrução e julgamento (art. 52, parágrafo único, I e II), na qual se realiza o interrogatório e também a oitiva das testemunhas (art. 57), a juntada das novas diligências no prazo de até 3 (três) dias antes (da audiência) não dispensa, por óbvio, a realização do contraditório.

Então, e porque há previsão de apresentação de defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias após o oferecimento da denúncia (art. 55, e também do art. 396, CPP), pensamos que o juiz deverá permitir que a defesa apresente, no ato da audiência, nova defesa escrita, com possibilidade de refutação dos novos elementos indiciários trazidos pela autoridade policial.

E, mais. Deverá ser reaberto o prazo, inclusive, para a modificação do rol de testemunhas, bem como da apresentação de novas exceções (arts. 95 a 113, CPP), tendo em vista o disposto no art. 55 da Lei. É que a apresentação da defesa escrita, com o respectivo rol de testemunhas, é feita antes da audiência. Aliás, antes de sua designação. É ver o art. 55, e parágrafos, bem como o art. 56, ambos da Lei nº 11.343/06. Assim, se os novos elementos encaminhados pela autoridade policial puderem alterar o conteúdo da defesa escrita já apresentada, e, sobretudo, a escolha do rol de testemunhas, os princípios da ampla defesa e do contraditório impõem a

reabertura de oportunidade para o acusado.

Há, aqui, uma modificação, trazida pela Lei nº 11.719/08. O recebimento da peça acusatória se faz antes do oferecimento da resposta escrita, aplicando-se o art. 396, CPP, e não o art. 55 e o art. 56 da Lei nº 11.343/06.

Pode-se perguntar: a Lei nº 11.343/06 não é *lei especial*, não modificável por *lei geral*?

Em princípio, sim. Exceto quando houver previsão legal em sentido contrário, que é exatamente o caso. Ver, no ponto, o art. 394, § 4º, do CPP, mandando aplicar as disposições do art. 395, do art. 396 e do art. 397, CPP, *a todos os procedimentos da primeira instância*, sejam de rito comum, sejam especiais, à exceção dos Juizados Especiais Criminais, não incluído na regra do art. 396, e o Tribunal do Júri, já regulamentado no próprio Código. Buscou-se, então, a unificação de procedimentos.

Quanto ao interrogatório, nada impede a adoção do novo rito. Mas, não como exigência da lei, e, sim, *por analogia*, embora se saiba não haver lacuna na Lei de Drogas quanto a esse ponto.

Duas outras questões, ainda relativamente à tramitação das investigações: ainda que o art. 51 e seu parágrafo único fixem prazo para a conclusão da investigação, bem como do prazo de sua prorrogação, nenhuma consequência (exceto a disciplinar, eventualmente) poderá ser extraída do não atendimento da determinação, quando se tratar de réu solto. Não há, ainda, no ordenamento processual penal prazo prescricional para a fase de investigação, isto é, prazo prescricional fundado no exaurimento do prazo de investigação. Compete à Lei Penal e não à processual fixar os prazos a partir dos quais o Estado, por razões pragmáticas ou de política criminal (ou ambas) abandona a *persecutio criminis*.

Relativamente ao flagrante, é exigida, para lavratura do auto de prisão, a elaboração de um laudo de constatação, como prova técnica provisória, a ser subscrito por perito oficial, ou, na sua falta, por pessoa idônea. A Lei (art. 50, § 1º) parece se satisfazer apenas com a idoneidade da pessoa a subscrever o laudo. No entanto, pensamos que há de ser exigido, e este deve ser o sentido da expressão *idoneidade*, o conhecimento técnico sobre a matéria. O perito que subscrever o laudo

de constatação não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo (art. 50, § 2º).

A nosso juízo, para a formação do convencimento do membro do Ministério Público, e, assim, para o oferecimento da denúncia, é indispensável o laudo de constatação da natureza e da quantidade da droga, ao contrário do que dispunha a legislação anterior (Lei nº 10.409/02). Não se pode perder de vista que todo o ajuizamento de ação penal há de se fundar em suporte mínimo de prova, como justa causa, condição da ação. Assim, se se trata de imputação relativa às drogas, isto é, de substância definida como entorpecente por órgãos especializados do Poder Público (art. 1º, parágrafo único, Lei nº 11.343/06), há de ser exigido parecer técnico nesse sentido.

A Lei também prevê hipótese de redução da pena, de um a dois terços, quando o indiciado ou acusado colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime (art. 41). Trata-se da chamada delação premiada.

Embora nada se esclareça a esse respeito, pensamos que, ao contrário do que confusamente o fazia a Lei nº 10.409/02, a atual delação premiada para o crime de tráfico tem configuração muito mais próxima de uma verdadeira causa de diminuição da pena, impondo-se ao juiz, independentemente de sua concordância. Trata-se de norma imperativa, atributiva de direito subjetivo ao réu, bastando seja demonstrada a sua efetiva participação, tanto no curso da investigação, quanto na fase de ação penal.

De outro lado, ainda que se possa condicionar a aplicação da citada redução da pena à identificação dos demais coautores e partícipes, pensamos que a recuperação do produto do crime somente há de ser exigida, também como condição, se houver efetiva possibilidade fática da medida. Ou seja, não é porque não se conseguiu a recuperação (total ou parcial) do produto que não se poderá aplicar a redução da pena. A identificação dos coautores e partícipes e a citada recuperação do produto do crime, na realidade, constituem os elementos definidores da colaboração do acusado. É dizer: será efetiva a colaboração, se com ela se puder apontar os demais

envolvidos. Em relação à recuperação do produto, todavia, nem sempre tal será possível, porque eventualmente poderá estar fora do alcance do conhecimento do acusado. E nem por isso, pensamos, se deverá afastar a diminuição da pena.

E há outra relevante questão a ser apreciada. A Lei nº 12.850/13, ao cuidar dos delitos praticados por meio de organização criminosa, dá tratamento mais flexível à matéria, não condicionando, necessariamente, a colaboração premiada à recuperação do produto. Ali, no art. 4º, exige-se o atendimento a apenas um dos requisitos então estabelecidos (incisos I a V). Ora, como recusar a aplicação de tais normas ao tráfico de drogas, quando praticado por organizações criminosas?

Não poderíamos também deixar de fazer aqui uma pequeníssima anotação acerca da delação premiada, já que alguns doutrinadores vêm questionando a reprovabilidade da medida (delação premiada), sobretudo do ponto de vista ético, dado que o Estado estaria se valendo da cooperação do delinquente para realizar a Justiça, ainda que ao preço de sua impunidade (sobre o tema, ver GOMES; CERVINI 1995).

Quanto às críticas em relação à adequabilidade da medida, no âmbito da criminologia e, sobretudo, da política criminal, muito se poderia discutir, mas pensamos que este não é o espaço mais adequado.

Já em relação às críticas feitas sob o viés da ética, não há como deixar de tecer algumas considerações, ao menos quando esta (a ética) se referir ao comportamento dos envolvidos e não do Estado.

Ora, a partir de que ponto dos estudos acerca da ética pode-se chegar à conclusão de que a violação ao segredo da organização criminosa, isto é, ao segredo relativo aos crimes praticados, pode revelar-se eticamente reprovável? Existiria uma ética afastada de quaisquer considerações morais, já que a revelação da existência do crime é a revelação da existência de uma conduta evidentemente contrária à ética e ao Direito? Existiria, enfim, uma ética criminosa?

Aliás, pensamos que a delação da existência do crime só não pode ser imposta como *dever* porque nosso ordenamento constitucional, como não poderia deixar de ser – em uma ordem de Direito –, assegura o direito ao silêncio. E não poderia,

também, porque, da perspectiva dogmática do Direito, incidiria inevitavelmente o *bis in idem* (punido pelo que fez e pelo que não confessou ter feito!).

Entretanto, é de se lembrar que todos nós, não agentes de crimes, ou quando não agentes de crime, temos o *dever* de depor sobre fatos delituosos de que tenhamos conhecimento (art. 206, CPP). O Estado impõe a obrigação de uma espécie de delação de tais crimes, e sem qualquer premiação; ao contrário, sob pena de falso testemunho, crime previsto no art. 342 do CP. Então, como se percebe, e, nesse aspecto, a crítica feita à delação premiada só teria sentido em relação a um suposto dever moral devido aos integrantes da organização criminosa.

Ocorre que não existe nenhum dever moral do associado criminoso com seus comparsas ou com a organização criminosa. O dever, quando presente, há de encontrar sua justificativa em códigos de conduta meramente individuais, particulares, sem quaisquer pretensões de universalidade, dado que voltadas (as ações) exatamente para a destruição de bens e valores assegurados em lei à comunidade jurídica. Ética, em sentido mais comum, é ciência da moral, de fundo eminentemente axiológico, fundado, desde a Grécia do período clássico, na ideia do bem e do justo.

Evidentemente, quando nos referimos às condutas vedadas pelo Direito Penal, dando-as como injustas (daí o injusto penal), não estamos aqui fazendo voto de fé em todas as incriminações, mas, tão somente, reafirmando, abstratamente, a existência do Direito Penal como direito individual à proteção de certos bens jurídicos, contra determinadas formas de ataque e/ou violações.

Então, *data venia*, semelhante argumentação é insustentável, seja quando dirigida a uma suposta inconstitucionalidade da medida, seja quando dirigida a um também suposto *deficit* ético dela, ou, por fim, a uma suposta ausência de legitimidade.

E mais: a possibilidade de redução da pena e outras, quando previstas em algumas das citadas leis, não podem ser lidas unicamente como preço da impunidade.

Primeiro, porque dependente de cada caso concreto, quando se examinarão as condições pessoais do agente, a natureza de sua participação, e as consequências concretas de sua confissão. E, sobretudo, porque, se assim fosse (preço da

impunidade), não haveria razão para se justificar a exigência de individuação da pena – na medida de sua culpabilidade – nem mesmo a desistência voluntária, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior, previstos no art. 15 e art. 16 do CP, feitas as necessárias ressalvas quanto à efetividade da proteção do bem jurídico então obtido nesses últimos casos. O agente seria, então, duplamente punido: pela prática do crime e por não poder dele redimir-se, com maior proveito prático (retorno ao convívio social, na linha do que pregam as mais variadas teorias da pena), isto é, não só no plano de sua consciência moral.

A Suprema Corte parece não levantar objeções à constitucionalidade da delação premiada, consoante se constata no julgamento do HC nº 90688/PR, Rel. Min Ricardo Lewandowski (*Informativo STF* nº 480). Aquela Corte também não viu qualquer violação ao sistema acusatório nacional no fato de o juiz que participara do ajuste da delação receber a denúncia no processo (STF – HC 97.553, 1ª Turma, Rel Dias Toffoli).

Lembraríamos, por fim, que a confissão é também premiada, desde há muito, como circunstância atenuante, conforme o disposto no art. 65, III, *d*, do CP.

De outro lado, porém, todas as cautelas devem ser adotadas em relação ao conteúdo da colaboração e de sua apreciação pela autoridade judiciária. É que, ao menos em tese, é possível que a colaboração não passe de estratégia do acusado, para, delatando inocentes – em maior ou menor escala –, ver-se livre da responsabilidade que, na realidade, poderia lhe cair sobre os ombros de modo muito mais intenso que aos demais participantes.

Há que se registrar também que, quando se tratar dos delitos mais graves, tais os casos do art. 33, *caput*, § 1º, art. 34 ao art. 37, serão cabíveis todas as medidas protetivas previstas na Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção às Testemunhas), em relação aos colaboradores e testemunhas (art. 49).

No ponto, vale a pena transcrever decisão da Suprema Corte a respeito do sigilo acerca do *acordo de delação* subscrito pelo acusado/delator perante o Ministério Público e reafirmado diante do Juiz. Decidiu-se pela impossibilidade de quebra do sigilo, como regra, a ser relativizada apenas excepcionalmente, quando necessário

para a identificação dos participantes (corréus e autoridades), para aferição de suspeição/parcialidade/impedimento ou incompatibilidade. Confira-se:

> "I –HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal *ad quem*, sob pena de supressão de instância. II – Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III – Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV – *Writ* concedido em parte para esse efeito" (HC nº 90688, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 12.2.2008, Public. 25.4.2008).

Prevê, ainda, que, em qualquer fase da persecução criminal, poderão ser adotados também outros procedimentos investigatórios previstos no ordenamento jurídico – além dos previstos em lei, diz o texto (art. 53, *caput*) – tais como a quebra do sigilo de dados (bancários, fiscais, patrimoniais etc.) e do sigilo telefônico e telemático dos envolvidos, as gravações ambientais, dentre tantas outras medidas (Lei nº 12.850/13 e Lei nº 9.296/96, por exemplo) e, nomeadamente, a possibilidade de:

I) infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;
II) a não atuação policial sobre os 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.

Em ambos os casos, exige-se autorização judicial expressa, com a oitiva prévia do Ministério Público (art. 53, *caput*).

Acerca da infiltração de agentes policiais, remetemos o leitor ao quanto afirmado na abordagem feita no item 14.7.8, no qual também se abordará a questão da ação controlada e do flagrante diferido.

Quanto ao mais, ou seja, à possibilidade de quebra das inviolabilidades pessoais e de restrições ao direito de privacidade e intimidade de quem estiver submetido à investigação, remetemos o leitor ao item 9.1.4. De resto, não vemos, pois, maiores dificuldades, já que condicionadas à intervenção judicial.

b) Da denúncia

O Ministério Público terá o prazo de dez dias para o oferecimento da denúncia, preso ou solto o acusado, na qual poderá arrolar até cinco testemunhas, bem como deverá declinar as demais provas que pretende produzir (art. 54, III, Lei nº 11.343/06).

Como a Constituição da República não prevê a ampla acusação, e, sim, a ampla defesa, parece-nos que o dispositivo está exigindo que o *parquet* requeira a produção de provas no momento da denúncia, como se de prazo preclusivo se tratasse. E, de fato, parece se tratar. No entanto, ao menos em relação à prova pericial, ou seja, em relação à elaboração do laudo definitivo, a ser subscrito por dois peritos (relembre-se) a ser subscrito por dois peritos (relembre-se), pensamos ser desnecessária a explicitação do requerimento junto à denúncia, tendo em vista tratar-se de providência atinente à própria materialidade do fato, constando, assim – ainda que de modo implícito –, da pretensão ministerial.

Pois bem. A Lei nº 11.690/08 trouxe mudanças, e significativas, na prova pericial, exigindo a presença de apenas um perito para a elaboração do laudo oficial (art. 159, *caput*, CPP). Teria havido derrogação da Lei de Drogas, nessa parte?

Aqui, e por se tratar de questão ligada às garantias individuais, há de prevalecer o princípio *da especialidade* da norma, em face de outras, de caráter *geral*. Relembre-se que, ao contrário da questão procedimental do recebimento da denúncia, aqui, em relação à prova pericial, não houve ressalva expressa! Assim, prevalece a regra especial e não a geral. Ali, houve unificação de procedimento (art. 394, § 4º, CPP); aqui, manteve-se a *especialidade* da prova e da matéria. Não podemos deixar de mencionar, porém, que a única razão de ter o legislador exigido o laudo subscrito por dois peritos oficiais se fundava na regra geral do Código de Processo Penal, isto é,

daquela exigência de dois peritos *para quaisquer infrações penais e laudos periciais*. Com a mudança do atual art. 159, CPP, a exigir apenas um perito oficial, pode-se já pensar na construção de um entendimento que reconheça essa particularidade, como orientação para uma interpretação mais atualizada das garantias individuais.

Curiosa e desnecessariamente, porém, o art. 54 da Lei nº 11.343/06, tal como ocorria com a revogada Lei nº 10.409/02, reproduz as disposições do Código de Processo Penal relativas ao destino a ser dado ao inquérito policial concluído, isto é: requerimento de arquivamento (I); requisição de novas diligências (II); e oferecimento de denúncia (III).

Se alteração significativa houvesse, ela se encontraria no *caput* do referido dispositivo, que se reporta às investigações promovidas por Comissão Parlamentar de Inquérito, além da referência às peças de informação. Mas, nem isso. O poder investigatório das CPIs encontra guarida desde o ano de 1988 na própria Constituição da República (art. 58, CF).

Todavia, acrescentaríamos outra providência que, em tese, pode ser adotada pelo Ministério Público. Trata-se da manifestação no sentido da incompetência do juízo, e, também, de suas atribuições para o processo. Sobre o tema, mais extensamente, ver item 4.1.2.

c) Instrução e julgamento

Como já adiantamos, a Lei nº 11.719/08 trouxe grandes modificações no âmbito procedimental, com repercussões, inclusive, nos procedimentos especiais, por força de ressalva expressa na aludida legislação.

Assim, e essa é uma regra que deverá ser observada em todo procedimento da primeira instância, seja comum ou especial, por exigência da norma contida no art. 394, § 4º, CPP, deverão ser cumpridas, em todos os ritos, as etapas dos arts. 395 a 397 do CPP, ou seja:

a) a peça acusatória poderá ser rejeitada por questões processuais alinhadas no ar

395;

b) se não o for, a denúncia ou queixa será recebida, determinando-se a citação do acusado para a apresentação de resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 396 e art. 396-A);
c) com a resposta, o juiz poderá absolver sumariamente o acusado, nas hipóteses mencionadas no art. 397, CPP.

Na resposta (art. 396-A, CPP), o réu deverá suscitar todas as questões de seu interesse. As questões preliminares, como visto, são aquelas atinentes à matéria processual, isto é, aquelas que, antes de debater o mérito da imputação, discutem matéria relativa aos pressupostos processuais, às condições da ação e às eventuais condições de procedibilidade.

Na teoria do processo costuma-se distinguir entre as exceções peremptórias e as dilatórias, sendo que as primeiras põem fim ao processo e as segundas apenas adiam a apreciação do mérito.

As exceções também dizem respeito a determinada modalidade de defesa, tendo forma específica de processamento em apartado, quando são chamadas exceções rituais (DINAMARCO, Cândido Rangel*Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 476).

No processo penal brasileiro as exceções referidas na Lei nº 11.343/06 são aquelas previstas nos arts. 95 a 113 do CPP, ou seja, de suspeição, de incompetência do Juízo, de litispendência, de ilegitimidade de parte e de coisa julgada.

No entanto, ao contrário do processo civil, sobretudo em razão da distinção na fundamentação e das premissas de aplicação de um e outro, a matéria objeto das exceções processuais penais pode ser conhecida ainda que não arguida em separado, na defesa, ou mesmo em qualquer outro momento do processo. Em uma palavra: não há preclusão da matéria. E isso porque o princípio da ampla defesa jamais poderia ser afastado pela necessidade de tramitação célere do processo ou pela deficiência da atuação técnica do defensor. Não bastasse, submeter à preclusão questões tão relevantes, como a violação à coisa julgada, a ilegitimidade de parte, a suspeição e a

incompetência absoluta do juiz, afrontaria todo o sistema de garantias individuais que foi construído na Constituição da República de 1988.

Pensamos, porém, que a exceção de incompetência relativa deveria se submeter à preclusão, de igual modo e ao mesmo tempo, para as partes e para o juiz, *de lege ferenda*, isto é, para a lei futura. Atualmente, o disposto no art. 109, CPP, bem como a possibilidade de iniciativa probatória do juiz estão a indicar o contrário, ou seja: também a incompetência relativa pode ser reconhecida pelo juiz a qualquer tempo. Preclusão haveria apenas para as partes.

No entanto, há que se obtemperar que a inserção expressa do princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP) pela Lei nº 11.719/08 promove mudanças significativas quanto ao alcance, tanto da norma do art. 109, quanto daquela do art. 567, que prevê a possibilidade de ratificação de atos não decisórios pelo juiz, em caso de incompetência relativa. Assim, como não poderá o juiz ratificar os atos de instrução praticados pelo anterior, devendo repeti-los, o limite de reconhecimento da incompetência relativa, de ofício, pelo juiz, haverá que ser o início da instrução, isto é, a data da audiência concentrada de instrução e julgamento.

Como quer que seja, e, segundo o previsto no art. 396-A, § 1º, CPP (que tem a mesma redação do art. 55, § 2º, da Lei nº 11.343/06), as exceções serão processadas em apartado, e devem ser alegadas com a defesa, o que não impedirá o conhecimento delas, a qualquer momento, pela autoridade judiciária, pelas razões que acabamos de expender.

Não tendo sido apresentada a defesa, o juiz renovará o prazo de 10 (dez) dias, nomeando defensor ao réu. Se este (o réu) tiver advogado constituído, a nomeação de defensor será apenas para o ato, *ad hoc*, portanto, já que o juiz não pode desconstituir um mandato outorgado pelo acusado. Tratando-se de defensor dativo, deve o juiz substituí-lo; se público o defensor (Defensoria Pública), não haverá que se falar em substituição, já que se trata de órgão do Poder Público, devidamente instituído em carreira e com lastro constitucional.

Não tendo sido rejeitada a peça acusatória e nem absolvido sumariamente o acusado, será designada a audiência de instrução e julgamento, determinando-se a

intimação dos interessados (art. 56, com a modificação já mencionada).

Outra curiosidade: o *caput* do art. 56 se refere também à intimação do assistente, se for o caso. No entanto, como o atual ordenamento processual penal identifica o assistente na pessoa do ofendido, ressalvada a legitimação (para a assistência) do representante legal da vítima, se incapaz, ou das pessoas mencionadas no art. 31 do CPP, se morta ou ausente aquela, não identificamos, em um primeiro exame da matéria, a possibilidade da assistência na maioria esmagadora dos crimes capitulados na referida legislação. Afinal, quem é o sujeito passivo de tais delitos?

Talvez, em duas ocasiões se poderia pensar na figura do assistente.

No art. 38, o tipo penal descreve a conduta de prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Aqui, seria correto supor que a vítima da infração – o paciente – poderia ter interesses patrimoniais a sustentar contra o agente, qualificando-se, então, como assistente da acusação.

Outra possibilidade, mas muito menos aceitável, seria aquela do tipo penal descrito no art. 39: conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Tem-se aqui crime de perigo; havendo dano, o tipo penal se modificaria. Em tal situação, poder-se-ia argumentar que, quando possível a identificação da pessoa cuja incolumidade teria sido colocada em risco, poderia, em tese, surgir interesse de natureza indenizatória ou compensatória (danos morais) para a vítima. Todavia, as objeções, quase insuperáveis, se localizam na abstração legal do sujeito passivo dos crimes de perigo, habitualmente entendidos na sua dimensão coletiva e/ou difusa.

Sigamos.

Entre os atos decisórios e de impulso a serem adotados pelo juiz quando do recebimento da denúncia, encontra-se, o afastamento cautelar de funcionário público que tenha sido denunciado pelos crimes previstos no art. 33, *caput* e § 1º, e art. 34 ao art. 37 (tráfico, associação e fabrico de instrumentos etc.).

Não há como deixar de questionar a medida.

Ora, por mais graves que sejam os delitos ali apontados, o exercício de atividade profissional não pode ser impedido quando os fatos imputados ao servidor não tenham qualquer relação com a função então desenvolvida. Toda medida acautelatória penal deve ostentar caráter instrumental, isto é, deve estar conectada com a proteção urgente de determinado bem jurídico ou com a efetividade do processo penal em curso.

Na hipótese antes mencionada, quando solto o acusado, não há razão alguma para determinar-se o seu afastamento do serviço público, do mesmo modo que não haveria também para o afastamento da atividade privada. Se admitida a medida, passaríamos a aceitar a adoção de providência cautelar de natureza eminentemente – ou, por que não dizer, exclusivamente – moral, sem correspondência com os escopos do processo. Inadmissível, portanto, a aludida pretensão normativa. Inválida, porque contrária ao sistema de processo penal cautelar e inconstitucional por promover antecipação de juízo condenatório, à revelia do princípio da inocência.

Veja-se que o art. 319, VI, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, também prevê, como regra geral, a cautelar de suspensão do exercício de função pública (além de atividade de natureza econômica ou financeira), condicionando-a, porém, *ao justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais*.

Na audiência de instrução e julgamento, que deve ser determinada no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento da denúncia – salvo quando necessária a realização de avaliação de dependência de drogas, quando o prazo poderá ser de até 90 (noventa) dias –, conforme o disposto no § 2º do art. 56, será o réu interrogado e ouvidas as testemunhas, tudo na mesma assentada (art. 57). Nos termos do parágrafo único do art. 57, as partes poderão intervir no interrogatório, nos mesmos termos do que dispõe o art. 188 do CPP.

Nesse particular, da inquirição das testemunhas e do acusado, impõe-se a observância do quanto contido no art. 212, CPP, no sentido de que o juiz apenas complementará o ato de instrução, cabendo às partes, diretamente (sem a mediação judicial), iniciarem a inquirição. Tratamos já do tema, em maior extensão, por

ocasião do exame do rito ordinário (item 14.2.1).

A partir das modificações de rito previstas na Lei nº 11.719/08, passou-se a sustentar que, também no procedimento do tráfico de drogas, o interrogatório do réu deveria ser o último ato de instrução.

Bem. Não vemos quaisquer dificuldades em aceitar a tese, desde que não se recorra ao argumento da suposta inconstitucionalidade do tratamento do interrogatório como primeiro ato de instrução. Fosse assim, todos os processos criminais instruídos a partir da Constituição, e anteriores à Lei nº 11.719/08, deveriam ser anulados. Não se cuida, evidentemente, de inconstitucionalidade.

O que se poderia alegar, no ponto, é que a aplicação do rito comum da Lei nº 11.719/08 aos crimes de tráfico não causaria qualquer dano ao processo e se justificaria como hipótese de interpretação por analogia. Isso, sim, é possível. Mas há um inconveniente: o art. 394, § 2º, da própria Lei nº 11.719/08 estabelece que: "*Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de Lei Especial*".

Como quer que seja, e em atenção ao princípio da ampla defesa, pode-se aceitar a atual ritualística.

Relembre-se, ainda, que, na hipótese de aplicação da norma prevista no art. 52, parágrafo único (diligências produzidas após a denúncia e encaminhadas até três dias da audiência), deverá ser renovado o prazo para a substituição de testemunhas por parte da defesa, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos termos e limites que já assinalamos no item 14.7.4, *a*, retro.

Feito isso, há previsão do prazo de 20 (vinte) minutos para a sustentação oral das razões da acusação e da defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez) minutos, a critério do juiz, diante de eventual complexidade da causa (art. 57).

A seguir, o juiz poderá sentenciar na própria audiência, ou, não se sentindo habilitado, fazê-lo no prazo de 10 (dez) dias, ocasião em que determinará a destruição da substância apreendida guardando o necessário para a contraprova, se necessária (art. 58).

Observe-se que tais prazos devem ser efetivamente cumpridos, sobretudo aqueles relativos à instrução criminal, quando se tratar de réu preso, sob pena de excesso de prazo, passível de correção via *habeas corpus*.

Uma advertência: a Resolução nº 5, do Senado da República, após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pela Suprema Corte, suspendeu os efeitos da norma contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que vedava a conversão da pena privativa em restritiva de direitos.

d) Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória

No Capítulo 11, cuidamos das medidas cautelares pessoais incorporadas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11.

E é para lá que remetemos o leitor, a fim de se evitar repetição desnecessária de conteúdo.

Limitaremo-nos, então, a reafirmar alguns tópicos mais importantes, até porque no item anterior já sinalizamos a aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão também aos delitos de drogas, sobretudo nos casos em que não houver prisão em flagrante.

A regra geral das cautelares é vincular a sua aplicação à necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a qualidade da investigação e da instrução, ou, ainda, no caso específico da prisão preventiva, a manutenção da ordem pública, aqui já explicada como uma alternativa para se evitar a reiteração de delitos mais graves.

Por isso, sempre que uma das cautelares diversas da prisão se apresentar como suficiente para tais finalidades, não se deverá recorrer à prisão.

A aferição da necessidade de imposição de cautelares é feita em dois momentos: (a) inexistindo anterior prisão em flagrante; e (b) a partir desta (prisão em flagrante).

Na primeira hipótese, sendo menos visíveis os indícios de autoria do delito, deve-se dar preferência às cautelares diversas da prisão, ressalvados os casos em que se insinua presente uma *atividade organizada para o tráfico de drogas*. Aí, pensamos, as cautelares diversas da prisão não serão suficientes para garantir nem a instrução

criminal e nem o risco de reiteração das condutas.

No caso de prisão em flagrante se cuidará de indagar sobre ser ou não cabível e pertinente a restituição da liberdade, com a aplicação de alguma das modalidades de liberdade provisória previstas no art. 310, II, CPP.

Já esclarecemos que a intenção legislativa da Lei nº 12.403/11 parece ter sido no sentido de impedir qualquer forma de liberdade provisória para determinados crimes, dentre os quais o tráfico de substância entorpecente. O legislador, como visto, parece ter redimensionado a inafiançabilidade constitucional para tais delitos ao nível da *antecipação da culpa*, retrocedendo à redação originária do Código de Processo Penal, de 1941.

O art. 323, II, CPP, portanto, se alinha à Lei de Drogas, que já dispunha no sentido de que, havendo prisão em flagrante, e sendo o crime qualquer um daqueles previstos no art. 33, *caput* e § 1º, e art. 34 ao art. 37 (tráfico, associação e fabrico de instrumentos etc.), seria expressamente vedada a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, nos termos do previsto no art. 44 da citada legislação.

Não percamos mais tempo: a proibição *abstrata – legislativa ou constitucional* – de restituição da liberdade ao aprisionado em flagrante viola a exigência de ordem escrita e fundamentada para a manutenção de alguém na prisão. E quem assim dispõe é o texto constitucional (art. 5º, LXI). É por isso que a inafiançabilidade prevista na Constituição não pode ser entendida como proibição absoluta da aplicação da liberdade provisória.

Na Suprema Corte, a questão já foi pacificada. No ARE nº 663.261, em 2013, o Plenário reconheceu Repercussão Geral do tema e voltou a reafirmar a inconstitucionalidade da vedação à restituição de liberdade, que já havia sido reconhecida em 2010 no HC nº 97.256.

Sobre essa questão, discorremos longamente no item 11.12.

Uma coisa é certa, porém: em se tratando do delito tipificado no art. 28, Lei nº 11.343/06 – uso próprio e cultivo para consumo pessoal –, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao Juizado

Especial Criminal (art. 48, § 1º), ou, não o havendo, assumir o compromisso de nele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários (art. 48, § 2º). Aqui, a Lei parece se referir ao exame de dependência, para fins de análise da extensão da culpabilidade (art. 45), e à perícia para elaboração do laudo acerca da natureza e quantidade da droga apreendida.

Como se vê, a competência dos Juizados Criminais para os delitos do art. 28, agora, é expressa, com a única ressalva da hipótese de conexão com crimes mais graves (art. 48, § 1º), na linha, aliás, do que já dispõe a Lei nº 11.313/06, que alterou o disposto no art. 60 da Lei nº 9.099/05 e o art. 2º da Lei nº 10.259/01. Assim, a prisão para tais delitos torna-se absolutamente incabível, sobretudo também porque, nem quando condenatória a decisão final, será aplicável semelhante modalidade de pena. Não bastasse, na pior das hipóteses, haveria de se aplicar o previsto no art. 321, I, do CPP (infrações para as quais o réu se livra solto).

E por isso, pensamos também incabível a imposição de outras medidas cautelares, diversas da prisão (art. 319, art. 320, CPP), fundado em juízo de proporcionalidade emitido pelo próprio legislador, como se vê no art. 283, § 1º, CPP, que as veda (cautelares) quando não houver a possibilidade de aplicação de pena privativa da liberdade ao final do processo.

De outra parte, e segundo o disposto no art. 59 da Lei nº 11.343/06, o réu condenado pela infração aos mencionados delitos (art. 33, *caput* e § 1º, e art. 34 ao art. 37 – tráfico, associação e fabrico de instrumentos etc.), não poderá apelar sem se recolher à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Trata-se, à evidência, da reprodução do velho e já revogado (pela Lei nº 11.719/08) art. 594 do CPP. E de nova inconstitucionalidade. Reproduz também a regra do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos).

A diferença está em que, na Lei de Drogas se ressalva a possibilidade de o réu primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença, poder, sempre, recorrer em liberdade. Na Lei dos Crimes Hediondos, o critério para o recurso em

liberdade foi deixado em mãos do juiz (decidirá fundamentadamente...).

A inversão das exigências constitucionais é manifesta: o que deve ser fundamentada é a prisão e não a restituição da liberdade.

Por fim, no que respeita à prisão temporária, Lei nº 7.960/89, valem as mesmas considerações feitas no item próprio (item 11.6), sobretudo em relação à contagem do prazo para encerramento da investigação, que, aliás, tivemos oportunidade de renovar neste mesmo tópico (item 14.7.4.*a*).

e) Competência

Observe-se, por primeiro, em tema de competência que a Lei nº 11.343/06 refere-se especificamente aos delitos de uso próprio e plantio para consumo pessoal (art. 28, § 1º). O art. 48, § 1º, afirma ser aplicável o disposto nos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95, o que implica a determinação da competência dos Juizados Especiais Criminais, em razão de se tratar de infração considerada de menor potencial ofensivo.

Como vimos, nesse caso, estabelece o citado dispositivo que não se imporá a prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente (Juizados, pois), ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessárias.

Estes seriam: (a) a perícia relativa ao laudo de constatação, e, posteriormente, o definitivo, bem como (b) exame de comprovação de dependência, para fins de apreciação da extensão da culpabilidade. No entanto, em relação a este último, a sua realização dependerá de cada caso concreto, já que, ao menos em relação ao previsto no art. 28, nem sempre será necessária uma intervenção terapêutica de maior ingerência na vida do autor do fato.

Há uma ressalva: quando o delito previsto no art. 28 for conexo com os crimes previstos no art. 33 ao art. 37, prevalecerá a competência do Juízo singular, na linha, aliás, da atual redação do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/06.

E há, também, disposições que poderão se revelar problemáticas, se conduzidas por critérios de interpretação mais ao gosto de literalidade.

O art. 38 da Lei nº 11.343/06 estabelece ser crime prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, punido com pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Também aquele previsto no art. 33, § 3º, dispõe ser crime oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento para juntos a consumirem, a ser punido com pena de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo das sanções previstas no art. 28, bem como de multa.

Tais crimes, bem se percebe, enquadram-se também como de menor potencial ofensivo, reclamando a competência dos Juizados Especiais Criminais, a teor do atual art. 61 da Lei nº 9.099/95.

No entanto, o citado art. 48, § 1º, da legislação de drogas remeteu apenas o delito do art. 28 à competência dos Juizados, esquecendo-se daqueles previstos no art. 33, § 3º, e art. 38. *Quid iures*?

Eis aqui um bom exemplo de que nem sempre a máxima no sentido de que a lei não conteria palavras inúteis haverá de merecer aplicação. Ora, as leis, de modo geral, estão repletas de palavras e frases inúteis! Aliás, de legislações inúteis! Basta ver que a Lei nº 11.340/06, que cuida da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, chega a dizer que, além da União, Estados e Distrito Federal, também os Territórios(!) poderiam instalar os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (art. 14). Que territórios?

A nosso juízo, devemos dar às regras previstas na Lei nº 9.099/95 uma dimensão mais ampla, no âmbito de uma política criminal descarcerizadora, não nos apegando a critérios clássicos de uma interpretação jurídica que não apresenta a mais mínima contextualização sistêmica.

Certamente que a Lei nº 11.343/06 é posterior à Lei nº 11.313/06, que unificou o conceito de menor potencial ofensivo para os Juizados (Federal e Estadual). E

certamente também que ela, a Lei de Tóxicos, pode ser entendida como lei especial em relação às demais.

Contudo, é bem de ver que a reforma da Lei nº 9.099/95, bem como da Lei nº 10.259/01, ambas trazidas pela Lei nº 11.313/06, veio para unificar no ordenamento jurídico nacional a competência dos Juizados Especiais Criminais. Exatamente por isso revogou a ressalva da competência da Justiça comum para os crimes com rito processual especial (antiga redação do art. 61, Lei nº 9.099/95) e elevou para dois anos o máximo de pena para o conceito de menor potencial ofensivo.

Assim, por essas razões, pensamos que, independentemente da omissão legislativa do art. 48, § 1º, Lei nº 11.343/06, omissão essa que até pode ser explicada pelo desconhecimento da Lei nº 11.313/06, também o processo e julgamento dos delitos capitulados no art. 33, § 3º, e no art. 38 da Lei nº 11.343/06, deverão ser da competência dos Juizados Especiais Criminais.

E mesmo que assim não se entenda, e que venha a prevalecer uma interpretação de todo desatualizada com a construção principiológica do Direito, ainda assim não se poderá negar que também para aqueles delitos (art. 33, § 3º, e art. 38) haverá de ser aplicável o conjunto de medidas consensuais previsto na Lei nº 9.099/95 (transação penal e composição civil, com efeitos penais, quando couber).

Quanto aos demais delitos, quando realizados no país, serão da competência da Justiça Comum dos Estados.

Quando se tratar, porém, de tráfico transnacional, isto é, envolvendo um ou mais países, seja como distribuidor, como produtor ou como revendedor, a competência será sempre federal (Justiça Comum Federal), desde que em relação aos crimes definidos no art. 33 (importação, exportação, produção, preparo, fornecimento, e, enfim, tráfico de drogas), no art. 34 (fabricação, transporte, utilização etc. de maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado às condutas do art. 33), no art. 35 (associação para o tráfico), no art. 36 (financiamento do tráfico), e, finalmente, no art. 37 (colaboração ou auxílio à organização criminosa ligada ao tráfico). E isso, por força expressa do que contido no art. 70 da Lei nº 11.343/06, com arrimo no art. 109, V, da Constituição da República.

Uma última consideração sobre o tema atinente à competência.

Quando houver varas especializadas da Justiça Federal na Sessão Judiciária que abranger o local do crime, será delas a competência para os respectivos processos de tráfico transnacional de drogas, tendo em vista tratar-se matéria relativa à competência territorial. Remetemos o leitor à abordagem que fizemos nos itens 7.7 e 7.8.

E nas hipóteses de continência e de conexão com outros delitos prevalecerão as regras do Código de Processo Penal, respeitada sempre a prevalência da jurisdição federal, por força de explicitação na Constituição da República (art. 109).

f) Medidas acautelatórias patrimoniais

Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos na Lei nº 11.343/06, serão objeto de apreensão, ficando sob custódia da Polícia Judiciária, que, por sua vez, deverá comunicar a apreensão imediatamente ao juízo competente, para que no prazo de 30 dias proceda à alienação desses bens (exceto as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica), seguindo o procedimento estabelecido no art. 61 e parágrafos.

No caso de a apreensão recair sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, será feita a sua conversão em moeda nacional e, em seguida, depositado o montante em conta judicial específica (art. 60-A).

Tais bens e valores estarão sujeitos à pena de perdimento, na hipótese de decisão condenatória (art. 63).

A Lei nº 11.343/06 desce a minúcias em relação às medidas cautelares assecuratórias, reservando um capítulo inteiro à matéria, intitulado Da Apreensão, Arrecadação e Destinação de Bens do Acusado.

Dentre outras prescrições, diz a Lei que o Juiz, mediante requerimento do Ministério Público (ou assistente de acusação) ou representação da autoridade

policial, poderá, no curso de investigação ou de ação penal, decretar a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nessa Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 e seguintes do CPP (art. 60).

Embora se faça referência aos procedimentos previstos no Código de Processo Penal (art. 125 a art. 144), há regras específicas trazidas na referida legislação. As Leis nºs 13.840/19 e 13.886/19 modificaram inteiramente esse Capítulo, dispondo uma extensa sequência de regras para acelerar a alienação dos bens apreendidos ou sequestrados que tenham vinculação com o tráfico ilícito de drogas.

A análise dos pormenores de tais normas ultrapassa o escopo desta obra, de modo que nos limitaremos a uma visão geral das novidades.

Estabelece o art. 62 que, havendo interesse público nos bens apreendidos, poderão ser utilizados pelos órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação. Exige-se *autorização judicial* para tal, após prévia avaliação dos bens e da manifestação do Ministério Público. Ainda, o interesse público deve ser declarado pelo órgão gestor do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), que deve também indicar qual órgão deverá receber o bem apreendido.

Já em relação aos veículos, aeronaves e embarcações, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou equivalente (ANAC e Capitania dos Portos) a expedição de documentação necessária (licenciamento provisório) para sua utilização (art. 62, § 4º) pelos órgãos e entidades envolvidos.

Quanto à alienação dos bens apreendidos, que após a Lei nº 13.840/19 passou a ser a regra (considerando o exíguo prazo de 30 dias para o juízo competente proceder à alienação, ressoa extremamente improvável que a ação penal já tenha se concluído quando do ato), ocorrerá em autos apartados, com previsão de avaliação prévia dos bens, a ser feita por oficial de justiça no prazo de 5 dias, ou, se necessário, por perito, em 10 dias. Há previsão, ainda, de manifestação em 5 dias dos interessados para dirimir eventuais divergências antes da homologação do valor atribuído aos bens.

Os valores oriundos da alienação deverão ser transferidos à Caixa Econômica Federal, para a conta única do Tesouro Nacional, ficando desde já à disposição do Funad. Obviamente, a depender da fundamentação, uma eventual decisão absolutória poderá ter como consequência o retorno do patrimônio ao seu legítimo titular, se nesse sentido for a decisão absolutória na ação penal, devendo a Caixa Econômica devolver os valores acrescidos de juros, em 3 dias (art. 62-A, § 2º).

Na sentença de mérito da ação penal, quando condenatória, o juiz decidirá, então, sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, sequestrado ou declarado indisponível (art. 63).

Se de outra natureza a decisão (extintiva da punibilidade, por exemplo), será preciso analisar a extensão e profundidade de seu conteúdo, para que se possa saber acerca da devolução dos bens e valores apreendidos. E assim nos parece por não se referir, o *caput* do art. 63, à decisão condenatória, embora o § 4º do mesmo dispositivo assim o faça. Pensamos, então, que, dentro de uma dimensão mais ampla da proteção contra o uso e tráfico ilícito de drogas, o juiz criminal poderá reconhecer a responsabilidade patrimonial do agente, ainda que impedido de impor sanção tipicamente penal (pela prescrição, por exemplo). A analogia (decisão extintiva da punibilidade com efeitos cíveis da decisão condenatória) será mesmo *in malam partem*. Todavia, não se referirá aos seus aspectos penais (normas incriminadoras, sancionatórias etc.). E, em qualquer situação, exigirá fundamentação no sentido de apontar os bens ou valores apreendidos como produto dos delitos.

Relembre-se que no julgamento do AC nº 82MC/MG, Rel. Min. Marco Aurélio em 3.2.2003, a Suprema Corte deixou assentado não ser exigida a continuidade ou permanência na utilização de bens no tráfico de entorpecentes para o seu confisco. E mais: que existe a possibilidade de alienação desses bens, tudo com fundamento no art. 243 da Constituição da República.

Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, conforme o art. 63-A. Da mesma forma, o magistrado deverá determinar a liberação total ou parcial dos bens, direitos e objetos de medidas

assecuratórias quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição *parcial* apenas para fins de reparação de danos e pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas (art. 63-B).

Novidade que não vemos com bons olhos é a trazida pelo art. 63-F, que determina a possibilidade de perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes *à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com seu rendimento lícito*. Aqui nos parece que a tarefa de fixar um hipotético valor que representaria o limite do rendimento "lícito" do agente soa um tanto quanto arbitrária e sujeita a excessos punitivos.

Seja como for, a regra é atenuada pela exigência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado, ou ainda sua vinculação com organização criminosa. Já o § 2º *estende* essa perda patrimonial também aos bens que *não são de titularidade* do agente, mas sobre os quais ele exerce domínio e benefício (ainda que indireto!). Novamente, entendemos que a identificação desses bens é para lá de problemática, e ainda mais sujeita a abusos.

A se registrar, por fim, que, sempre que não contrariarem as disposições previstas na Lei de Tóxicos (nº 11.343/06), prevalecerão as regras do Código de Processo Penal.

14.7.5 Processo penal eleitoral

A primeira e mais importante observação a ser feita em matéria de crimes eleitorais diz respeito à natureza da respectiva ação penal.

É que, como em todos os demais procedimentos eleitorais (não penais) é cabível a intervenção do particular ou do privado (candidatos, partidos políticos, coligações), não seria de se estranhar que a referida legislação contemplasse crimes de ação privada, já que a própria Constituição, embora afirmando a regra da privatividade da intervenção do Ministério Público em matéria penal, não vedou o uso de ações penais privadas, nos termos da lei (art. 129, I).

Entretanto, o Código Eleitoral dispõe serem públicas, incondicionadas, as ações para as infrações penais ali previstas.

Assim, mesmo para os crimes contra a honra, quando praticados na propaganda eleitoral, elementar dos tipos previstos nos arts. 324, 325 e 326 do Código Eleitoral, as ações penais serão públicas incondicionadas.

Embora pública a ação penal, então, como regra, não se duvida da possibilidade e cabimento da chamada ação privada subsidiária da pública, tendo em vista que essa ação tem previsão constitucional (art. 5º, LIX, CF), posterior, portanto, à legislação eleitoral codificada.

Tratando-se de ações penais públicas incondicionadas, o inquérito policial pode ser instaurado de ofício, tal como ocorre em relação aos crimes comuns. É de se observar que, em caso de crimes eleitorais contra a honra, ainda que pública incondicionada a ação, se o interessado não se insurgir contra a ofensa, não se poderá constatar a potencialidade lesiva do fato, no campo, então, da chamada tipicidade material.

Curiosamente, o Código Eleitoral, já em 1965, permitia ao Ministério Público a requisição de mais esclarecimentos, de documentos ou de outros elementos de convicção junto a autoridades ou funcionários, independentemente do inquérito policial (art. 356, § 2º, CE).

Formada a convicção do *parquet*, nos mesmos moldes em que ocorre na tramitação de inquérito policial para a apuração de crimes comuns, a denúncia deverá ser oferecida no prazo de dez dias (art. 357, CE).

Como se vê, o Código Eleitoral não esclarece se o referido prazo (de dez dias) independeria de se encontrar preso ou não o acusado. Mas como também não prevê o prazo de conclusão do inquérito policial, pensamos que o prazo de 10 (dez) dias deve ser aplicado apenas quando se tratar de réu solto. E isso porque a referida legislação não prevê qualquer procedimento investigativo formal, limitando-se a mencionar a comunicação da infração, que poderá ser feita por qualquer cidadão (art. 356, CE). E mais: estabelece que a aludida comunicação deveria ser dirigida ao Juiz Eleitoral,

para posterior encaminhamento ao Ministério Público.

Por isso, e, sobretudo, pela ausência de referência expressa ao inquérito policial, pensamos que o prazo de dez dias para o oferecimento da denúncia diz respeito apenas ao réu que se encontrar solto. Estando ele preso, entendemos que o prazo deverá ser de cinco dias, do mesmo modo que ocorre em relação às demais infrações penais (em regra), nos termos do disposto no art. 46 do CPP. Analogia perfeitamente cabível, até mesmo por força de norma expressa (art. 364, CE).

Se o órgão do Ministério Público entender que o caso é de arquivamento, e não de denúncia, o art. 357, § 1º, do CE prevê, à maneira do art. 28 do CPP, que os autos deverão ser encaminhados ao Procurador Regional Eleitoral, que faria as vezes do Procurador-Geral de Justiça, nos Estados, e da Câmara de Coordenação e Revisão no âmbito do Ministério Público Federal.

Poder-se-ia argumentar que o Procurador Regional Eleitoral não pode ser considerado a última instância do Ministério Público Eleitoral, com o que os autos deveriam ser remetidos para o Procurador-Geral Eleitoral, ou para a apontada Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (art. 62, LC nº 75/93).

Ocorre que, embora o Procurador Regional Eleitoral seja, necessariamente, membro do Ministério Público Federal, a função eleitoral por ele exercida ocupa posição distinta na estrutura da aludida instituição. Veja-se, por exemplo, que o art. 77 da LC nº 75/93 dispõe que "*compete ao Procurador Regional Eleitoral exercer as funções do Ministério Público nas causas de competência do Tribunal Regional Eleitoral, cumprindo-lhe a direção das atividades no Estado*".

É de se ver, então, que, ao contrário do que ocorre com os Procuradores Regionais da República, que atuam perante os Tribunais Regionais Federais, há apenas um único Procurador Regional Eleitoral em cada Estado. Assim, pensamos que cabe a ele, por delegação legal, implícita, do Procurador-Geral Eleitoral (art. 75, I, LC nº 75/93), emitir juízo de valor acerca do pedido de arquivamento de inquérito ou peças de informação, quando da discordância manifestada pelo Juiz Eleitoral. E é a lei – Código Eleitoral (art. 357, § 1º) – que determina a obrigação de arquivamento a partir

da manifestação do Procurador Regional Eleitoral.

E mais: nas ações penais originárias, isto é, naquelas ações processadas diretamente nos Tribunais Regionais Eleitorais, em razão de foro privativo, eventual requerimento de arquivamento feito pelo Procurador Regional Eleitoral não se submeterá também à Câmara de Coordenação e Revisão, mas, sim, ao Procurador-Geral Eleitoral, quando recusado (o pedido de arquivamento) pelo respectivo Tribunal Regional Eleitoral.

Em primeiro lugar, porque o Ministério Público Eleitoral não se confunde, funcional e estruturalmente, com o Ministério Público Federal, bastando mencionar o exercício das funções de primeira instância pelos Promotores de Justiça dos Estados, e não pelos Procuradores da República.

Em segundo lugar, pela diferença no tratamento de questões essencialmente institucionais entre ambas as chefias. No ápice das funções eleitorais, encontra-se a figura do Procurador-Geral Eleitoral, com poderes para dirimir conflitos de atribuição entre os membros com atuação eleitoral (art. 75, LC nº 75/93), o que não ocorre em relação ao Procurador-Geral da República, cuja atribuição seria apenas em grau recursal (art. 49, VIII, LC nº 75/93), cabendo à Câmara a decisão em primeiro (art. 62, VII, LC nº 75/93).

Não há, enfim, previsão da atuação das Câmaras de Coordenação e Revisão como órgão do Ministério Público Eleitoral.

Não é esse, porém, o entendimento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que se dá por competente (com atribuição) para o conhecimento de pedido de arquivamento rejeitado na Primeira Instância, conforme se vê de seu Enunciado 29.

De volta ao processo penal eleitoral, há que se atentar para a possibilidade de aplicação das regras da Lei nº 11.719/08, que, por força de previsão expressa na atual redação do art. 394, § 4º, CPP, terá *parcial* aplicação inclusive aos procedimentos criminais especiais.

Assim, e essa é uma regra que deverá ser observada em todo procedimento da

primeira instância, seja comum ou especial, por exigência da norma contida no art. 394, § 4º, CPP, deverão ser cumpridas as etapas do art. 395 ao art. 397 do CPP, ou seja:

a) a peça acusatória poderá ser rejeitada por questões processuais alinhadas no ar 395;
b) se não o for, a denúncia ou queixa será recebida, determinando-se a citação do acusado para a apresentação de resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 396 e art. 396-A);
c) com a resposta, o juiz poderá absolver sumariamente o acusado, nas hipóteses mencionadas no art. 397, CPP.

Não sendo o caso de rejeição da denúncia, o juiz, recebendo-a, mandará citar o réu para a apresentação de resposta escrita, no prazo de 10 (dez) dias (art. 396, CPP). Não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397, CPP), será designada a audiência de instrução.

É de se notar que o Código Eleitoral (art. 359) refere-se ao depoimento pessoal do acusado, não se valendo do interrogatório, previsto na legislação processual penal comum. Explica-se: referido dispositivo não existia quando da redação original do Código Eleitoral, tendo ali aportado tão somente por força da Lei nº 10.792, de 5 de setembro de 2003. Entretanto, tal como aquele (interrogatório), o aludido ato processual deve ser interpretado como meio de defesa, permitindo-se a participação dos interessados, tal como ocorre no interrogatório do Direito Processual Penal comum.

Aplicar-se-ão, também aqui, as regras para a inquirição de testemunhas e interrogatório do acusado, previstas no art. 212, CPP, segundo as quais as partes iniciarão a tomada de depoimentos, diretamente da testemunha (sem a mediação do juiz), cabendo ao magistrado complementar o referido ato de instrução.

Encerrada a instrução, abre-se vista às partes pelo prazo de cinco dias para as alegações finais, devendo o juiz sentenciar no prazo de dez dias (art. 361, CE),

contados da conclusão dos autos.

O prazo para recurso (inominado) da decisão definitiva de mérito (condenatória ou absolutória) é de dez dias. O tratamento é semelhante àquele destinado à apelação, embora distintos os prazos e a forma de interposição. Note-se que não há previsão de prazo para o recurso e prazo para o oferecimento de razões, como no Código de Processo Penal, com o que o recurso deve fazer-se acompanhar, desde logo, de suas razões.

Tratando-se de decisão interlocutória, simples ou mista, quando couber, como na hipótese de rejeição da denúncia ou queixa, aplica-se o recurso em sentido estrito, por analogia autorizada pelo art. 364 do CE, desde que no prazo de três dias, nos termos do art. 258 do CE.

São cabíveis, ainda, no processo penal eleitoral, os embargos declaratórios, no prazo previsto no art. 258 do CE (três dias).

A nosso aviso, como o prazo para recurso contra a decisão condenatória ou absolutória (decisão definitiva, de mérito) é integral, pensamos não ser possível a aplicação do art. 600, § 4º, do CPP, tendo em vista que o recorrente deve apresentar, com o recurso, as razões pelas quais espera a reforma do julgado.

Uma última observação: as medidas cautelares pessoais introduzidas em nosso Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11 são também cabíveis ao processo penal eleitoral, nos limites e na extensão em que aplicáveis ao processo geral.

No entanto, e nos termos do art. 357 do CE, é vedada a prisão preventiva (e temporária, acrescentaríamos nós) de qualquer cidadão, no período de cinco dias antes e até 48 horas depois das eleições. Referido prazo, tratando-se de candidatos, mesários de mesas receptoras e fiscais dos partidos, é ampliado para 15 dias.

14.7.6 Crimes falimentares

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que instituiu a Lei de Falências, com vigência a partir do dia 9 de junho de 2005 (art. 201), trouxe novo rito processual para os chamados crimes falimentares, previstos nos arts. 168 a 178 da citada

legislação. A lei cuida dos procedimentos de falência e de recuperação judicial e extrajudicial das empresas, a par de regular também matéria criminal.

Há ali novos tipos penais, não previstos no revogado Decreto-lei nº 7.661/45, que cuidava da antiga Lei de Falências. Veja-se, por exemplo, o disposto nos §§ 2º e 3º, ambos do art. 168 (fraude a credores), relativamente à causa de aumento de pena para a hipótese de contabilidade paralela e à extensão da punição aos contadores, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, tenham concorrido para a infração. Também outros delitos, embora alguns com correspondência na legislação penal comum, mereceram tipificação específica na aludida lei (arts. 169, 170, 174 e 176).

Deve-se registrar que todas as modalidades criminosas previstas na nova Lei nº 11.101/05 são dolosas, sendo a maioria absoluta punida com reclusão, à exceção apenas do delito de omissão dos documentos contábeis obrigatórios (art. 178), se o fato não constituir crime mais grave, para o qual é prevista a pena de detenção e multa, valendo, portanto, a regra da subsidiariedade (ressalva quanto à existência de crime mais grave).

Embora assim seja, o rito escolhido pelo legislador foi o sumário, ou seja, aquele cabível para crimes apenados com pena máxima privativa da liberdade inferior a quatro anos (art. 394, II, CPP). Confira-se, sobre o citado rito, o item 14.2.2.

A atual legislação, no ponto, além de resolver de modo definitivo quaisquer dúvidas ainda pendentes sobre eventuais incompatibilidades entre o rito especial do Código de Processo Penal (art. 503 ao art. 512) e as disposições processuais penais do antigo Decreto-lei nº 7.661/45 (a anterior Lei de Falências), todos revogados expressamente, alinha-se aos pilares do modelo acusatório brasileiro.

Trata-se da extinção, por revogação, do antigo inquérito judicial falimentar, que permitia, embora sob contraditório, a condução de investigações – antes, portanto, da fase judicial, isto é, da ação penal – pelo Juiz da Falência. Assim havendo necessidade, será requisitada pelo Ministério Público a instauração de inquérito policial para a investigação dos crimes falimentares. No particular, merece registro e aplausos o disposto no art. 187, § 2º, da citada Lei, a dispor que, quando o Juiz da

Falência tiver notícia do possível cometimento de crimes falimentares, deverá ele se reportar ao Ministério Público. É dizer: deve o Ministério Público, e não o juiz requisitar inquérito policial.

Pois bem.

Com a atual legislação, o procedimento passa a ser o seguinte.

Em primeiro lugar, a ação penal, qualquer que seja o delito falimentar, é sempre pública incondicionada, sendo competente para dela conhecer (processo e julgamento) apenas o Juiz Criminal do local (competência territorial) no qual houver sido decretada a falência, ou concedida a recuperação judicial, ou, ainda, homologado o plano de recuperação extrajudicial. Relembre-se: a Justiça Federal não conhece de causas falimentares (art. 109, I, CF).

Nos termos do art. 180, a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou homologa a recuperação extrajudicial é condição objetiva de punibilidade dos crimes falimentares. É dizer: a realização do tipo penal, por si só, não é suficiente para a punição. Impõe-se que o Judiciário carregue a chancela da ilicitude ao comportamento descrito na lei, com a citada sentença, para que se possa punir os responsáveis.

Obviamente, e como toda condição objetiva de punibilidade, a ação penal não pode ser instaurada até a aludida decisão judicial, mesmo porque, estando condicionada a punição do delito ao cumprimento de determinados requisitos, não se pode pensar no ajuizamento de ação para fato ainda não punível. Não se trata, a rigor, de condição de procedibilidade, embora ambas as questões – condição de punibilidade e condição de procedibilidade – determinem a mesma consequência, no que respeita ao ajuizamento da ação. A possível distinção entre uma e outra ocorreria no âmbito da prescrição, que diz respeito, prioritariamente, à matéria de Direito Penal, e não Processual.

Nos crimes falimentares, nos termos do art. 182 da Lei, a prescrição somente começa a correr do dia da decisão judicial, ou seja, com a realização da condição de punibilidade.

De outro lado, não se pode sustentar a presença de condição de procedibilidade da ação penal, relativamente à suposta necessidade de a denúncia ou a queixa (nas ações privadas subsidiárias da pública) virem acompanhadas do relatório do síndico, atual Administrador Judicial (art. 21, Lei nº 11.101/05), consoante se encontrava previsto no antigo art. 505 do CPP, já revogado, e art. 103 do antigo Decreto-lei nº 7.661/45, igualmente revogado.

Diz o art. 187 da Lei de Falências (Lei nº 11.101/05) que

"intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial".

A seguir, no § 1º, fica esclarecido que o Ministério Público poderá, ou não, aguardar a apresentação do Relatório do Administrador Judicial (antigo síndico), quando estiver solto o acusado. É dizer: na hipótese de prisão provisória e cautelar na fase pré-processual, o Ministério Público deverá ingressar com a ação, sem o Relatório (art. 186), e desde que convencido, evidentemente, da suficiência do material indiciário.

No caso de o Ministério Público não propor a ação penal nos prazos legais (cinco dias, quando preso o acusado, e 15 dias, quando solto), será cabível a ação privada subsidiária da pública, tendo por legitimado qualquer credor habilitado ou o Administrador Judicial, desde que observado o prazo decadencial de seis meses. Evidentemente, manifestando-se o Ministério Público, no prazo legal, pelo arquivamento do inquérito ou peças de informação (Relatório do Administrador Judicial), não se abre oportunidade à ação subsidiária da pública.

E como o art. 188 dispõe, expressamente, sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, parece-nos perfeitamente cabível a assistência (arts. 268 e seguintes, CPP), tendo por legitimados os credores atingidos diretamente pelas condutas delituosas sob persecução penal.

Enfim, o escolhido foi o rito sumário do CPP (arts. 531 e seguintes), conforme definido no art. 185, Lei nº 11.101/05.

Assim, e essa é uma regra que deverá ser observada em todo procedimento da primeira instância, seja comum ou especial, por exigência da norma contida no art. 394, § 4º, CPP, deverão ser cumpridas as etapas dos arts. 395 a 397 do CPP, ou seja:

a) a peça acusatória poderá ser rejeitada por questões processuais alinhadas no ar 395;
b) se não o for, a denúncia ou queixa será recebida, determinando-se a citação do acusado para a apresentação de resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 396 e art. 396-A);
c) com a resposta, o juiz poderá absolver sumariamente o acusado, nas hipóteses mencionadas no art. 397, CPP;
d) não sendo o caso de absolvição sumária, realizar-se-á a audiência de instrução julgamento, na qual, concentradamente, serão ouvidas as testemunhas, o ofendido (se for o caso), produzidas as demais provas, oferecidas as alegações finais e proferida a sentença. Eventualmente, se assim entender necessário o juiz, serão realizadas diligências finais, determinadas de ofício para um dos cinco dias subsequentes à audiência, proferindo-se, em seguida, no prazo de cinco dias, a sentença.

Uma última questão.

Diz o art. 192 da Lei nº 11.101/05 que "*esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*".

Poder-se-ia, então, argumentar que o novo rito processual da citada Lei somente se aplicaria aos crimes praticados anteriormente à sua vigência. Ao que se poderia também objetar que somente a matéria penal mais gravosa é que estaria submetida ao princípio da reserva legal, o mesmo não ocorrendo com aquelas de conteúdo meramente procedimental.

E mais: parece-nos perfeitamente sustentável a tese segundo a qual o citado art. 192 regularia unicamente os processos de falência, e não os processos criminais

relativos a crimes falimentares.

A nosso aviso, a solução mais adequada é a impossibilidade de aplicação do novo rito aos crimes praticados anteriormente à Lei nº 11.101/05.

No entanto, não por força do citado art. 192, mas pela simples razão de que a legislação anterior (art. 512, CPP) determinava a aplicação do antigo e já também modificado rito comum (art. 394 ao art. 405; art. 498 ao art. 502, todos do CPP) para os aludidos crimes. E esse rito, o comum, inegavelmente, era e é mais favorável aos acusados, na medida em que maior o seu espectro probatório e mais amplo o espaço para o exercício do direito de defesa. As atuais regras processuais, portanto, são mais gravosas. Somente por isso pensamos inaplicáveis as tais disposições processuais aos fatos que lhe são anteriores.

14.7.7 Colegiados de primeiro grau e organizações criminosas na Lei nº 12.694/12

Embora não se possa ou se deva falar de um novo rito procedimental, fato é que a Lei nº 12.694/12, em vigência desde o dia 23 de outubro de 2012, vem introduzir profunda modificação na jurisdição brasileira, ao instituir o *Colegiado de primeiro grau*, para atos do processo e eventual julgamento de crimes que possam ser classificados como de autoria de organizações criminosas.

Esclareça-se, por primeiro, que não se trata de um novo *tipo penal*. Não é. O que o art. 2º da citada lei fez foi identificar certa modalidade de *autoria* de delitos, instituindo, por isso mesmo, regras processuais mais rígidas ou, por assim dizer, mais cautelosas no processamento de tais ações penais. Que não se alegue, portanto, que o aludido dispositivo legal seria inválido por violação ao princípio da *legalidade estrita* em matéria penal. Ali não se criou nenhum tipo, mas estabeleceu-se uma nova modalidade de jurisdição colegiada em primeiro grau, sempre que se estiver diante de *"associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja*

pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional" (art. 2º).

Como por aqui não há lei que dure mais que a vontade de legislar, o Congresso Nacional, um ano após a novidade, veio com outra, de maior alcance.

A Lei nº 12.850/13 define organização criminosa e dispõe sobre inúmeras questões de investigação e do processo relativo a tais estruturas. E, finalmente, institui um tipo penal específico de atuação por meio de associação a organizações criminosas (arts. 1º e 2º). Mais adiante trataremos dessa Lei em tópico separado, dada a complexidade da matéria.

Por ora, cumpre anotar que os conceitos definidos em uma e em outra legislação são distintos, embora assemelhados.

Como adiante se explicará em maior extensão, não vemos razão alguma em se manter dois conceitos legais de organização criminosa, sendo que um deles seria aplicável apenas às situações de formação de Colegiados de primeiro grau (Lei nº 12.694/12). Para nós, deve prevalecer apenas um deles, o último, emprestando eficácia revogatória ao conceito contido no art. 1º, da Lei nº 12.850/13, que, por ser posterior, haverá de prevalecer para todos os fins de direito.

Voltando aos Colegiados, observe-se que a formação do Colegiado somente será possível na fase *de processo e de execução penal*, vedada a sua instituição na fase preliminar, de investigação, segundo se vê do quanto disposto no art. 1º, *caput*, que faz referência expressa ao processo e procedimento, indicando a formação do colegiado para a prática de qualquer ato processual e não de investigação.

Talvez tenha sido outro o desejo do legislador, já que a remissão feita ao ato de concessão de liberdade provisória (art. 1º, II) poderia demonstrar a intenção de abranger todos os atos *tipicamente* judiciais, independentemente da fase (investigação ou processo) em que praticados. É que a *imposição* (e não a concessão!) de liberdade provisória, isto é, a aplicação de alguma cautelar diversa da prisão ou mesmo a restituição pura e simples da liberdade após a prisão em flagrante, se realiza muito antes do oferecimento da peça acusatória e, por isso, antes da fase de processo.

Todavia, o art. 1º, § 2º, da citada Lei 12.694/12 estabelece que o Colegiado será formado pelo *juiz do processo* e por mais dois magistrados com competência criminal no primeiro grau, sorteados aleatória e eletronicamente. É dizer, mais uma vez a referência foi ao *processo* e não à investigação. E a interpretação nesse sentido, ou seja, da limitação do colegiado aos atos do processo, encontra conforto na excepcionalidade intrínseca da medida. Assim, somente após já formado o juízo de convencimento do Ministério Público é que se legitimaria a instauração de semelhante modalidade de jurisdição de primeiro grau.

Pois bem, embora a lei arrole algumas espécies de atos processuais (art. 1º, I a VII) e de execução penal, ela mesmo esclarece que o Colegiado poderá ser instaurado para a prática de *qualquer ato processual*.

E, uma vez instaurado no âmbito de determinado e certo processo, a sua jurisdição se limitará ao ato ou atos para o(s) qual(ais) foi convocado (art. 1º, § 3º). Evidentemente, não se poderá pensar na instauração de mais de um Colegiado no curso do mesmo processo. É dizer, uma vez formado e praticado o ato para o qual ele tenha sido convocado, exaure-se a respectiva jurisdição, retornando o comando do processo ao juiz originariamente competente. Fatos supervenientes não poderão justificar a formação de outro Colegiado, sob pena de se instaurar verdadeiro juízo de exceção, com a convocação arbitrária de vários e diferentes membros do judiciário para um mesmo processo.

Em princípio, e desde que respeitadas as regras estabelecidas na Lei nº 12.694/12, a jurisdição colegiada ali instituída nada tem de inconstitucional, relativamente a suposta violação do juiz natural, na perspectiva da vedação do juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF).

Com efeito, trata-se de instância judiciária (o Colegiado) devidamente prevista em lei, com competência instituída *antes* da prática do delito, o que, por si só, já afastaria a *exceção* do tribunal, conforme consta da citada cláusula constitucional. E, mais. O juiz do processo, isto é, o juiz *legal* (competência territorial) e *constitucional* (em razão da matéria), não será afastado do processo. Juiz ou Tribunal de exceção é aquele instituído para o julgamento de um ou mais fatos, cuja instalação

não só se opera após o fato como também não se submete a quaisquer critérios legais previamente existentes. No tribunal de exceção, a exceção é da própria jurisdição; no Colegiado de primeiro grau, o que é excepcional é a circunstância de risco que lhe fundamenta a instauração.

De se ver, no ponto, que o fundamento para a convocação do Colegiado liga-se intimamente à definição de organização criminosa, definida agora pela Lei nº 12.850/13 (art. 1º). Mas não se instalará a jurisdição colegiada unicamente em razão de ameaça ou de risco à integridade física do juiz do processo. Será preciso, mais, que se trate de ação penal na qual se impute a prática de crimes cuja autoria aponte para a existência da organização criminosa definida no aludido art. 1º da Lei nº 12.850/13, o que poderá dar ensejo, também, à acusação pelos tipos penais incluídos no art. 2º da referida legislação (Lei nº 12.850/13).

Portanto, exige-se para a formação do Colegiado a existência de circunstâncias concretas que sejam indicativas do efetivo risco à integridade do magistrado, a serem devidamente fundamentadas pelo juiz do processo.

Aliás, parece-nos inadequada a forma e insuficiente a redação contida no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.694/12 no ponto em que afirma que a instauração do Colegiado seria feita pelo juiz. Ora, estando ele no mesmo grau de jurisdição que os magistrados a serem convocados, não nos parece correta a interpretação literal do dispositivo, que atribui a formação do Colegiado à manifestação – fundamentada, é certo! – unilateral do juiz do processo. Pensamos que a melhor solução será a de deferir ao Tribunal (de segundo grau) a que se ache vinculado o magistrado a decisão definitiva acerca da instauração da jurisdição colegiada. Referida leitura encontraria abrigo seguro, segundo nos parece, naquilo que se contém no art. 1º, § 7º, da Lei nº 12.694/12, atinente à competência do citado Tribunal para a expedição de normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento.

De outro lado, a exigência de comunicação da formação do Colegiado ao órgão da Corregedoria da instituição (art. 1º, § 1º, *in fine)* não resolveria a questão. É que a matéria não tem fundo disciplinar, ainda que, em cada caso concreto, se possa

encontrar algo do gênero. Trata-se, porém, da definição da jurisdição competente para o processo ou para determinados e específicos atos processuais, daí por que melhor seria uma leitura compreensiva – e não literal! – da matéria, na perspectiva também da hierarquia jurisdicional do Tribunal.

Desnecessário acrescentar, já sob outra perspectiva, que a citada legislação não violaria o princípio da identidade física do juiz, atualmente acolhido no art. 399, § 2º, do CPP.

Em primeiro lugar, porque a matéria não tem fundo constitucional. Aliás, até o ano de 2008, época em que se editou a Lei nº 11.719/08, não se exigia na ordem processual penal brasileira que o juiz sentenciante fosse aquele que presidira a instrução. Razões pouquíssimo nobres são responsáveis pelo atraso na mudança ocorrida àquele tempo. Como quer que seja, o tema é de conformação legislativa, nada havendo na Constituição que determine o respeito ao aludido princípio.

Ao depois, há que se ressaltar que existem exceções legais à regra do art. 399, § 2º, CPP. Com efeito, no caso de promoção, de licença ou de qualquer outro afastamento legal e regulamentar do magistrado, nada impedirá que seu substituto profira sentença no processo, sem a obrigação de repetir a prova até então colhida.

Assim, como a instauração do Colegiado vem instrumentalizada em Lei Federal - e não em norma de organização judiciária! – não há como se pretender a sua invalidade sob a perspectiva da identidade física.

De outra sorte, há na lei algumas questões merecedoras de maiores cautelas, tendo em vista o risco de tangenciarem modelos típicos de processos sigilosos e de tramitação obscura.

Foi previsto, por exemplo, a possibilidade de formação do Colegiado com juízes domiciliados em cidades diversas do foro do processo, hipótese em que os encontros ou reuniões entre eles poderiam ser feitos por meio eletrônico (art. 1º, § 5º). Nada a objetar, desde que as decisões e despachos que tenham sido assim definidos constem em Ata de Reuniões, como qualquer assentamento necessário à publicidade e transparência dos atos do Poder Público.

Quando for excepcionalmente necessária a manutenção de sigilo sobre as reuniões do Colegiado, o que somente seria admitido na hipótese de acirramento incontrolável da situação de ameaça e de risco à integridade pessoal dos magistrados, pensamos que, ainda assim, deverá ser motivado o afastamento da regra de publicidade dos atos processuais, devidamente constante de ata.

E se chega, então, às normas atinentes às decisões do Colegiado.

E se conclui, inevitavelmente, pela inconstitucionalidade daquela que prevê a supressão da "*referência a voto divergente de qualquer membro"* (art. 1º, § 6º).

A Carta de 1988 exige que toda decisão judicial seja fundamentada, nos termos do disposto no art. 93, IX. Naturalmente, deve-se dizer: nem poderia ser diferente.

E o que a aludida norma legal fez foi exatamente desrespeitar a Constituição, no ponto em que a retirada da divergência será sempre a supressão *dos fundamentos* da decisão. Em outras palavras: não se admite fundamentação *parcial* das decisões. O voto divergente *integra* a decisão colegiada. O acórdão é modalidade de decisão judicial caracterizado pela pluralidade dos membros julgadores. Obviamente, o voto vencido não deixa de ser *decisão judicial*, válida e existente! Suprimir a divergência, portanto, é retirar a fundamentação do julgado, na parte em que, dialeticamente, se questionou o acerto da decisão da maioria.

Três *votos* podem até se tornar um, quando de acordo todos os votantes. Mas três consciências e inteligências não se transformam jamais em uma única. *Um por todos e todos por um* fica bem na literatura de *Dumas* (o *Alexandre* e seus mosqueteiros*)*, mas não é realizável no plano da existência personalíssima. O que se pode aceitar, na medida em que justificada até mesmo pela instauração do Colegiado, é a não referência *ao nome* do juiz divergente, por razões de ampliação da proteção. Jamais, porém, o *conteúdo* de seu voto, esteja ele em que direção estiver.

Ainda.

A citada legislação não prevê recurso contra a instalação do Colegiado. E não nos pareceria pertinente qualquer previsão nesse sentido, desde que se reconheça no Tribunal a que estiverem vinculados os juízes a competência para *decidir e definir* a

formação do juízo colegiado. A se entender que caberá unilateral e exclusivamente ao juiz em risco a instalação, aí se deverá também reconhecer a possibilidade de revisão pelo Tribunal, quando não demonstradas as razões e os fundamentos no ato de formação. E a alternativa seria pela via do mandado de segurança, ou pelo *habeas corpus*, na hipótese de risco efetivo à liberdade de locomoção.

Quanto às demais decisões tomadas pelo Colegiado, os recursos serão aqueles previstos no CPP e na Lei de Execução Penal para o respectivo ato processual (recurso em sentido estrito, apelação, embargos etc.). E, sim: não serão cabíveis os embargos infringentes e/ou de nulidade do art. 609, parágrafo único, CPP. Razões simples: o Colegiado não é Tribunal, aproximando-se mais dos Juizados, cujas decisões se submetem ao controle de outra instância da jurisdição (Turmas Recursais). A revisão das decisões do Colegiado somente poderá ser feita, portanto, pelo respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, nos casos de competência federal. Em princípio, apesar de diversidade em sua configuração, nada impediria também a formação de Colegiados no âmbito da Justiça Eleitoral de primeiro grau (Juízes Eleitorais), se presentes os requisitos legais.

Em arremate, a Lei nº 12.694/12 estabelece também diversas medidas de proteção e/ou de segurança para pessoas e para os prédios da Justiça, sobretudo a criminal, que vão desde a instalação de detectores de metais (art. 3º) à proteção pessoal das autoridades judiciárias ou membros do Ministério Público e respectivos familiares (art. 9º, além de outras, destinadas a flexibilizar o uso de armas de fogo por servidores e membros de tais instituições (art. 8º) e de transporte (art. 115, § 7º, Lei nº 9.503/97 – CTB, com redação dada pelo art. 6º da Lei nº 12.694/12).

A citada legislação veio a introduzir, ainda, importantes alterações no Capítulo atinente às medidas assecuratórias, ao prever a possibilidade de alienação antecipada de bens objeto de arresto, de hipoteca e, pensamos nós, também de sequestro. A alteração se encontra na criação do art. 144-A do CPP. Remetemos o leitor àquele espaço (Capítulo 8, item 8.5.5).

Deve ser acrescida ainda a inclusão, pela Lei 13.964/19, do art. 1º-A à Lei nº 12.694/12, prevendo a possibilidade de os tribunais (estaduais e regionais federais)

instalarem (mediante *resoluções*) *varas criminais colegiadas* com competência para processo e julgamento: a) de crimes relacionados a organizações criminosas *armadas* ou que tenham armas *à disposição*; b) do crime do art. 288-A CP (associação criminosa); e c) de infrações penais conexas aos crimes anteriores.

Já expusemos o procedimento no item 7.7.2.2, o qual será aqui colacionado:

"Excepcionando-se a regra do 'juiz de garantias' (art. 3º-A e seguintes, CPP), o § 1º do art. 1º-A da Lei nº 12.694/2012 dispôs expressamente que as varas criminais colegiadas terão competência para *todos os atos jurisdicionais* no decorrer da *investigação, da ação penal e da execução da pena*, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado.

Conforme previsão do § 2º, é obrigação do juiz declinar de sua competência e remeter os autos à vara criminal colegiada de sua circunscrição ou seção judiciária desde que o feito que lhe foi distribuído trate da matéria referida no art. 1º-A (não se olvide que a declinação de competência no processo penal se dá – ou deveria se dar – inclusive de ofício, mesmo em se tratando de incompetência relativa (art. 109, CPP)). Veja-se que claramente excepcionou-se também aqui o princípio da perpetuatio jurisdicionis. Assim, feito o declínio, a vara criminal terá competência para *todos os atos processuais posteriores*, inclusive de execução (§ 3º)."

14.7.8 A Lei de Organizações Criminosas – Lei nº 12.850/13

a) Considerações iniciais

O Brasil, definitivamente, há de ser o maior produtor de leis do mundo! A negativa liderança parece inquestionável ao menos em matéria penal e processual penal.

Já faz mesmo muito tempo que nosso ordenamento andava de *namoro* com a questão das organizações criminosas, fenômeno cada dia mais presente no cotidiano das diversas sociedades, sobretudo e, particularmente, naquelas estruturadas sob a perspectiva da economia capitalista e/ou liberal.

Nesse contexto, a Lei nº 12.850/13 era inevitável. Cedo ou tarde o Congresso Nacional viria adentrar efetivamente na regulação normativa de tais organizações.

A nova legislação, de fato, traz muitas novidades. As mais importantes não constam de nosso catálogo jurídico-cultural, vindo importadas de outros horizontes. O que, por si só, jamais seria um problema. Experiências legislativas e culturais podem e devem ser compartilhadas pelos povos.

Contudo, essa transposição ou comunicação de diretrizes legais, sobretudo quando associadas às necessidades de políticas criminais, devem observar, pelo menos, duas grandes advertências, a saber: (a) nem tudo que se faz no exterior pode ou deve ser feito por aqui; e, (b) é possível aproveitar a experiência jurídica internacional, ainda quando não seja parte de nossa cultura ou tradição.

Ambas as advertências têm o mesmo peso e a mesma importância. Sabemos o quanto há de autores e de aplicadores do direito que são radicalmente refratários às duas perspectivas. Há, de fato, quem não suporte ou não aceite experiências externas ao pretenso fundamento de necessidade de atenção e de preferência às nossas *peculiaridades e particularidades* (jurídicas e culturais!), e, na mesma proporção, aquel'outros que recebem qualquer novidade como a tábua de salvação de nossas intrínsecas limitações.

Duas diferentes espécies de *conservadorismo*, igualmente carecedoras do referencial crítico.

A Lei nº 12.850/13, depois de muitos ensaios, inaugurou uma modalidade do conhecido *plea bargaining*, tão em (péssimo) uso nos Estados Unidos da América. Ali, 85% (oitenta e cinco por cento) dos casos penais são encerrados pelo *plea bargaining*, com claras e notórias intenções de reforçar a crença na suposta eficiência do sistema.

Advirta-se, contudo, que o modelo nacional que estamos a ver não tem a mesma dimensão e menos ainda as principais características do sistema estadunidense. Como não poderia deixar de ser, aliás, diante das radicais diferenças de concepções e de ordenamentos jurídicos.

Mas não se pode negar que a Lei nº 12.850/13 instituiu uma modalidade de *negociação penal*, com parcial flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, com contornos mais complexos que aquele previsto na conhecida *transação penal* da Lei nº 9.099/95 (mais recentemente, a Lei 13.964/19 ampliou ainda mais essa negociação através do acordo de não persecução penal – art. 28-A do CPP). Diferença perfeitamente explicável: esta última cuida de infrações de menor potencial ofensivo, enquanto a outra, a primeira, trata de organizações criminosas, associadas, em regra, a crimes de maior relevância jurídico-penal

Adiante veremos em que consistem as alterações mais importantes. Mas há algo que precisa ser assentado como premissas de compreensão para o reconhecimento da validade e também da invalidade de determinados dispositivos.

A primeira delas é que o juiz criminal *não é e não pode ser considerado protagonista* das "operações" tendentes ao estabelecimento de acordos de colaboração premiada. Não só por exigências mínimas de um sistema de viés acusatório como o nosso, mas também pela necessidade de se deixar em mãos dos órgãos da persecução penal um grau mais elevado de responsabilidade na condução de questão tão relevante, como é o caso do enfrentamento às organizações criminosas.

Ao lado disso, torna-se de suma importância reconhecer a responsabilidade dos profissionais da advocacia, que, sob os deveres de seu grau e de sua essencialidade no sistema de Justiça, cumprirão importante papel na defesa dos interesses daqueles que estejam sob persecução penal, e, de modo muito especial, no aconselhamento em relação ao acordo de colaboração.

A segunda é que o acordo de colaboração não se institui como *direito subjetivo* do eventual investigado e/ou processado. O controle de legalidade da atuação dos órgãos persecutórios, é claro, continuará em mãos do Poder Judiciário. No entanto, espera-se que ele, a pretexto de fazer valer direitos subjetivos individuais, não se transforme em substituto funcional do Ministério Público. Veremos que a *atuação de colaboração*, quando eficaz, poderá gerar as consequências legais previstas no art. 4º, e, sim, nesse ponto, constituir direito subjetivo. Contudo, o que não parece existir é o direito *à formalização do acordo* por intervenção judicial! No ponto, não deve nem pode o

juiz avançar sobre matéria que ainda não se encontra sob sua jurisdição (ver, no tema, art. 4º, § 6º, Lei nº 12.850/13 e também o HC 127483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2(e 27.08.2015, que esclareceu qual é o papel do juiz por ocasião da homologação da colaboração premiada: limita-se a se pronunciar sobre a legalidade, regularidade e voluntariedade do acordo. Tal como está expresso no acórdão: "Não seria emitido qualquer juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco seria conferido o signo da idoneidade a depoimentos posteriores. Em outras palavras, homologar o acordo não implicaria dizer que o juiz admitira como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa").

Nesta direção, o STF reconheceu a *atuação acusatória* do julgador, quando se verificou sua proeminência na realização de perguntas ao colaborador quando na celebração do acordo, havendo atuação direta em reforço à acusação. Apontou-se que não houve apenas supervisão dos atos de produção de prova, mas direcionamento e contribuição do magistrado para o estabelecimento e fortalecimento da tese acusatória (RHC 144615 AgR/PR, Red. p/acórdão Min. Gilmar Mendes).

Se algum investigado ou acusado atuou de modo eficiente e em prol da satisfação dos requisitos legais para a redução ou substituição da pena privativa da liberdade, ou, ainda, para a aplicação do perdão judicial (art. 4º, Lei nº 12.850/13), deverá o juiz reconhecer tais circunstâncias *por ocasião da sentença condenatória*, ainda que não tenha havido o acordo de colaboração, por recusa injustificada (segundo o juiz, é claro!) do Ministério Público.

A distinção entre as duas situações é manifesta! Na fase de sentença, o juiz já terá diante de si todo o conjunto probatório efetivamente produzido – e não *prometido*, como pode ocorrer no *acordo de* colaboração! – daí por que lhe será permitido reconhecer a eficácia, ou não, dos resultados previstos em lei.

De outra parte, uma das mais consistentes críticas que são feitas ao modelo de

colaboração premiada diz respeito ao *oportunismo* e, via de consequência, à possibilidade de *mendacidade intrínseca* da atuação do colaborador, em prejuízo, tanto da persecução penal quanto do direito de defesa dos demais participantes da organização criminosa (se e quando existente, efetivamente).

De fato, e a depender do estágio das investigações, a apresentação da colaboração pode surgir como a melhor alternativa defensiva, o que, em si mesmo, não constitui problema insolúvel.

Todavia, por outro lado, pode, com efeito, embaraçar a eficácia da investigação, conduzindo os órgãos da persecução para frentes menos importantes do conjunto de fatos eventualmente acessíveis, ou, pior ainda, pode também deslocar o foco investigativo para aqueles que detêm responsabilidade penal muito inferior àquela do colaborador, ou mesmo para pessoas inocentes.

A colaboração, portanto, há de ser vista com cautela e com prudência, cuidados esses que devem ser redobrados quando aquela (colaboração) preceder às diligências regulares que teriam o condão de determinar a abertura de inquérito policial. Se o *Santo deve desconfiar quando a esmola é demais*, na lição da sabedoria popular, o Estado, que nem tem a transcendência espiritual daquele, há de se guiar pelos princípios da legalidade e da eficiência na sua atuação, não limitando as investigações à pauta apresentada por eventual colaborador.

Naturalmente, porém, esse não é um risco que constitua prerrogativa dos modelos de justiça *negociada*. Qualquer corréu, em qualquer modalidade criminosa, pode adotar comportamento semelhante, quando nada para mascarar ou diminuir a sua responsabilidade diante de fatos que estejam por ser revelados.

Certamente, diante dos benefícios legais específicos da colaboração, o risco aqui será sempre maior, a exigir maiores responsabilidades ainda das autoridades que conduzem a persecução penal.

Ficam, então, algumas advertências: (a) nem toda investigação deve ser guiada pelas interceptações telefônicas, ainda quando seja esse meio de prova o mais confortável. Deve-se lembrar que tal medida, diante de seu alto grau de invasão à privacidade, deve ser reservada às hipóteses de indispensabilidade; e, (b) nem todo

colaborador está interessado nos resultados concretos exigidos pela Lei nº 12.850/13. Será sempre mais provável que seu interesse seja de fundo exclusivamente pessoal, mesmo que de sua atuação resulte a responsabilização indevida – ou, em graus indevidos – de terceiros.

Daí, a prudência – óbvia, é verdade – do art. 4º, § 16º, com redação alterada pela Lei 13.964/19, a ditar que nenhuma sentença condenatória ou medida cautelar (*e nem mesmo recebimento da denúncia!*) serão proferidas com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador.

Como quer que seja, não vemos inconstitucionalidade em nosso recente modelo de colaboração premiada. Pode-se até criticar a medida do ponto de vista de sua adequação às linhas gerais da política criminal nacional, mas daí a sustentar a sua invalidade intrínseca vai uma distância muito longe. E, talvez, reflita apenas ou muito mais uma discordância de princípios ou de ideologia, insuficientes, porém, para decretar a impossibilidade do recurso à colaboração premiada no seio das organizações criminosas.

Por fim, mas não por último, e ainda mais uma vez neste *Curso*, alinhamos outra objeção aos argumentos que recusam validade à colaboração premiada com fundamento em distorções éticas do colaborador. Distorções que, se levadas a sério, terminariam também por dizimar o conceito de arrependimento ou de consciência moral.

A delação, a traição ou qualquer expressão que pretenda traduzir o ato de revelação da estrutura da organização criminosa, de seus autores e o modo de seu funcionamento, ou, ainda, as informações acerca da localização da vítima e do produto ou proveito de ações criminosas, nada disso vai de encontro a qualquer conceito de ética. A menos, é claro, que se passe à ideia de que a ética há de ser determinada pelo grau de lealdade entre partícipes de determinado empreendimento. Mas, aí, afastado de qualquer vinculação à moralidade, referido conceito não servirá para mais nada.

De passagem, e apenas de passagem: o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de reconhecer a validade dos procedimentos de colaboração premiada.

Confira-se: STF – AP 470 – AgR-sétimo/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário 18.6.2009; STF – AI 820.480 – AgR-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, 3.4.2012; HC nº 99.736-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, 27.4.10. Na mesma linha, também o Superior Tribunal de Justiça – STJ – HC nº 92.922/SP, 6ª Turma,*DJ*, 10.3.2008, Rel. Desembargadora Convocada Jane Silva.

Por último, mas que ainda não é o fim, há que se pontuar um pouco mais acerca da possibilidade de imposição de pena *sem o devido processo legal*, crítica essa já aventada quando da chegada da Lei nº 9.099/95, relativamente à *transação penal*, e estendida às legislações que se seguiram, contendo diferentes modalidades de colaboração premiada.

Em primeira leitura, a inconstitucionalidade da norma resultaria clara e insofismável.

No entanto, o Direito não é, por assim dizer, *bicolor*, universo de apenas duas cores, em que as coisas e *todas* as coisas (repetição proposital) sejam brancas ou pretas, ou, ainda, com a dupla coloração que escolher o intérprete. A riqueza e a complexidade do mundo da vida impedem que se assumam posições definitivas e apodíticas no seu interior.

A imposição de pena depende mesmo do devido processo legal, única maneira de se chegar à identificação da autoria e do fato em toda a sua extensão. Essa, a regra. Exceções, quando possíveis, devem se fundamentar em considerações de mesma índole e no mesmo nível de indispensabilidade normativa.

Nesse ponto, a Lei nº 12.850/13 não traz muita novidade e nem detém o monopólio da origem da ideia no Brasil.

Com efeito, o Anteprojeto de novo CPP – PLS 156 e PL nº 8.045/10, na Câmara dos Deputados – elaborado por Comissão de Juristas que tivemos a honra de integrar, já tratava de semelhante possibilidade (art. 271), desde que atendidos determinados requisitos, de modo não só a *abreviar* o procedimento, mas também a permitir a aplicação da pena em seu mínimo legal, ou com diminuição de até 1/3, e com a possibilidade de substituição da pena privativa por restritivas de direito,

independentemente das regras gerais cabíveis no art. 44, CP.

No entanto, há que se observar que a colaboração premiada no Brasil *não dispensa* a sentença condenatória, isto é, ela depende da apreciação de todos os fatos e provas, ao final do que somente a procedência da acusação é que permitirá a aplicação da pena *assim negociada*. Não há, ainda, em nenhuma legislação brasileira, a possibilidade de imposição de pena privativa da liberdade sem o devido processo legal. Relembre-se que, na transação da Lei nº 9.099/95, o que se impõe são penas restritivas de direito e de multa. Também, no acordo de não persecução penal a imposição é de, no máximo, pena restritiva de direito (prestação de serviços à comunidade), e, mesmo sem haver tecnicamente um *processo*, a medida se justifica ante a *confissão* do acusado (que ela exige), e, ainda, pela supervisão judicial através da audiência de homologação.

Como o acordo, entretanto, implicará a confissão dos fatos pelo colaborador, não resta dúvida que a atividade defensiva, em relação a ele, estará inevitavelmente comprometida. Então, para que esse modelo possa ser implantado é de rigor a atribuição de maiores responsabilidades a todos os atores que participam do procedimento. Nesse passo, cresce de importância a atuação do defensor, diretamente responsável pelo aconselhamento do agente colaborador, e que, por isso mesmo, deverá ter acesso a todos os elementos de prova já colhidos contra seu cliente, de maneira a permitir um juízo mais seguro quanto aos riscos do processo.

E a previsão de redução de pena privativa da liberdade a até 2/3 (dois terços), bem como de sua substituição por penas restritivas de direito – sem os limites do art. 44, CP – e, por fim, do perdão judicial, atenua os riscos das distorções possíveis em procedimentos dessa espécie.

O que não pode ocorrer, e aí a responsabilidade maior será do Ministério Público, é a banalização da barganha, como meio de intimidação para o fim de obtenção de elementos probatórios. Cumpre anotar, no particular, que semelhante atitude seria absolutamente ilícita e abusiva, apta a reclamar a responsabilização funcional, civil e criminal do órgão envolvido.

O certo, porém, é que as prescrições do Direito não podem se guiar pelos riscos

de abusos por parte dos poderes públicos. Para isso devem existir e serem eficientes os instrumentos de controle de ilegalidade.

Como já dissemos, há excessos legislativos a merecer pronta censura e invalidação, como ocorre, por exemplo, com a *infiltração de agentes*. Já os veremos.

b) Definição e unificação conceitual

O tema relativo às organizações criminosas sempre foi um tormento na *práxis* nacional, primeiro, por ausência de uma definição mais clara quanto aos diversos significados da expressão, e, segundo, pela profusão de referências legislativas a ela, sem, contudo, esclarecer-se a sua eventual *tipificação*. Afinal, indagava-se: haveria ou não o crime de formar ou integrar organização criminosa? A resposta, agora, é positiva, como mais à frente se demonstrará.

Especificamente em relação à matéria, dela cuidou ou cuidava a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, revogada expressamente pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, sem definir qualquer tipo penal da atividade criminosa organizada.

Outras também a ela se referiam, ainda que com e para finalidades diversas.

É ver, dentre outras, a Lei nº 11.343/06 (Tráfico de Drogas), a Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro e Ativos), com redação dada pela Lei nº 12.683/12, que, aliás, prevê a prática do crime mediante organização criminosa como causa de aumento, e, mais recentemente, a Lei nº 12.694/12, a tratar da formação de Colegiados em primeiro grau de jurisdição nos casos de risco à integridade física do juiz por fatos praticados por organizações criminosas.

Aliás, já aqui surge a primeira questão.

Para a Lei nº 12.694/12, que possibilita a criação dos tais Colegiados de primeiro grau, a definição de organizações criminosas é bastante semelhante àquela trazida pela Lei nº 12.850/13, no que toca à referência à *estrutura ordenada e caracterizada pela divisão, ainda que informal, de tarefas*.

No entanto, enquanto a anterior (Lei nº 12.694/12) exige:

a) a associação de 3 (três) ou mais pessoas; e,
b) a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam *iguais* ou *superiores* a 4 (quatro) anos,

a *atual* (Lei nº 1,2.850/13) modifica sensivelmente a matéria, para exigir:

a) a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, e,
b) a prática de infrações com pena máxima *superior* (e não mais *igual*) a 4 (quatro anos.

Manteve-se na legislação atual a ressalva em relação aos crimes de caráter transnacional, independentemente da pena a eles cominada, incluindo-se, agora e também, os atos de terrorismo que assim forem definidos pelas normas de direito internacional (art. 1º, § 1º).

Embora a Lei nº 12.850/13 não se refira à eventual revogação *parcial* da Lei nº 12.694/12, precisamente no que respeita à definição de organização criminosa, pensamos não ser mais possível aceitar a superposição de conceitos em tema de tamanha magnitude. Do contrário, teríamos que conviver com um conceito de organização criminosa *especificamente ligada à formação do Colegiado de primeiro grau* (Lei nº 12.694/12), e com outro, da Lei nº 12.850/13, aplicável às demais situações.

É certo que a Lei Complementar nº 95/98, alterada pela LC nº 107/01, exige que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas (art. 9º), o que não parece ter ocorrido na legislação objeto de nossas considerações (Lei nº 12.850/13). Nada obstante, o descuido legislativo quanto à respectiva técnica não poderá impor a convivência de normas jurídicas incompatíveis. Assim, e com o objetivo de unificarmos o conceito de organização criminal na ordem jurídica nacional, pensamos que deverá prevalecer, para quaisquer

situações de sua aplicação, a definição constante do art. 1º, da Lei nº 12.850/13.

Disso decorrerá a inevitável consequência de limitação de quaisquer providências legislativas previstas (fora da Lei nº 12.850/13) que se refiram às organizações criminosas à definição do que poderá ser considerada uma organização criminosa.

c) A tipificação de participação ou auxílio em organização criminosa

Cabe considerar que houve, enfim, a tipificação de determinados atos que dizem respeito a alguma forma de atuação junto à organização criminosa, entendendo-se por essa a definição constante do art. 1º, Lei nº 12.850/13, como norma acessória ou de preenchimento dos novos tipos.

Trata-se do quanto contido no art. 2º da citada legislação, que criminaliza a conduta de *promoção, constituição, financiamento ou de integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa*. Não seria aqui o espaço adequado às variadas discussões que a matéria pode oferecer no âmbito penal.

Fiquemos, portanto, com apenas algumas observações mais importantes sobre o tema.

Anote-se, por primeiro, que as novas modalidades típicas do art. 1º constituem tipo penal de conteúdo variado ou misto *alternativo*, no sentido de que a prática de mais de uma conduta descrita no tipo *não se soma umas às outras* em concurso de crimes, restando punível um único delito. E, também, que o referido tipo penal é autônomo em relação às infrações efetivamente praticadas. É dizer, será possível a punição pelo fato da organização criminosa e também pelo crime praticado por meio dela (art. 2º).

Foram previstas diversas formas de agravação da pena, segundo, (a) os meios de execução (art. 2º, § 2º), (b) o grau e a importância de atuação do agente (art. 2º, § 3º), (c) a condição pessoal do partícipe ou coautor, ainda que inimputável (art. 2º, § 4º), e, ainda, a possibilidade de afastamento cautelar de servidor público, por ordem judicial (art. 2º, § 5º), bem como a perda de cargo, função ou mandato eletivo e interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos,

como efeitos da sentença condenatória passada em julgado (art. 2º, § 6º).

De observar-se, então, que o legislador não cometeu o mesmo desatino daquele constante na Lei nº 12.683/12, que incluiu na legislação de lavagem de dinheiro e valores (Lei nº 9.613/98) um dispositivo que permitiria o afastamento imediato do servidor *pelo simples indiciamento* nos autos de inquérito policial, consoante estatuído no art. 17-D, da citada lei. Norma evidentemente inválida, por manifesta inconstitucionalidade! Como já demonstraremos na abordagem específica à legislação de lavagem.

E, ao lado disso tudo, promoveu-se relevante alteração do art. 288, do Código Penal, que cuidava do então chamado crime de *quadrilha ou bando* (agora, associação criminosa).

Esclareça-se, portanto, que não se confundem os delitos de integração ou auxílio em organização criminosa (art. 2º, c/c art. 1º, Lei nº 12.850/13), com aquele do citado art. 288, CP, que trata da associação de pessoas para o cometimento de crimes.

A distinção entre eles é relevantíssima, seja quanto à definição dos tipos, seja quanto às consequências penais, valendo atentar para o fato de que, para os primeiros (organização criminosa) a pena prevista é de 3 (três) a 8 (oito) anos, enquanto para os segundos (associação criminosa) é de 1 (um) a 3 (três) anos.

Dizíamos, então, da alteração promovida no delito de quadrilha ou bando, agora definido como *associação criminosa*. Na redação anterior, o tipo se referia à associação de *mais de três pessoas;* na atual, contenta-se com *três ou mais pessoas*. Isto é, a conta é menor! Até aí tudo claro.

No entanto, enquanto a redação anterior se referia ao elemento subjetivo *para o fim de cometer crimes*, a atual inseriu importante e perigosa distinção, exigindo que a associação se dê *para o fim ESPECÍFICO de cometer crimes*.

Uma primeira justificativa que pode ser especulada diz respeito aos excessos de imputações feitas em acusações carentes de maior técnica e cuidados. Obviamente, não será o fato de ter havido um crime no âmbito de determinada atividade comercial, industrial ou de serviços – empresarial, enfim! – que implicará a associação

criminosa do art. 288, CP (dependendo do número de sócios da empresa). Evidentemente que não!

Outra especulação possível seria a pretensão legislativa de instituir o impedimento legal de se encontrar nas referidas atividades (comerciais, industriais e de serviços) qualquer prática de associação criminosa. Assim, somente quando a empresa ou o empreendimento tivesse o objeto específico de desenvolvimento de atividade criminosa é que se poderia falar em associação criminosa.

Aqui as coisas podem se complicar.

Naturalmente, jamais constará de qualquer contrato social ou estatuto empresarial a cláusula de objeto social voltado para a prática de crimes! Risível, antes de trágica, a observação. Qual seria, afinal, a leitura possível da expressão *específica* como elemento subjetivo do injusto de associação criminosa?

É bem verdade e mais do que certo que a prática de infrações penais no cotidiano da empresa – tal como ocorre com a sonegação fiscal/previdenciária, por exemplo – não qualifica o delito de associação criminosa, ainda que de forma continuada, ou mesmo habitual.

Pensamos que tal modalidade delituosa, quando no âmbito e no interior de atividade empresarial regularmente desenvolvida, somente estará presente quando se puder constatar – e provar – que a instituição e a origem da empresa teriam o objetivo essencial de mascaramento de práticas habituais criminosas. Não parece haver dúvidas quanto à existência *de fachada* de empreendimentos realizados unicamente para o fim de lavagem de dinheiro e de ativos. Empresas que somente existem *no papel*, a fim de facilitar o acobertamento de atividades ilícitas, é que deverão constituir o alvo das exigências de especificidade da atuação empresarial.

Do mesmo modo que o fato de ter havido a prática de um ou mais delitos por parte de integrantes de determinada empresa – por meio dela – não se qualifica, por si só, como *associação criminosa*, também não excluirá a imputação a só circunstância da *existência legal* (oficial, registrada) da empresa. Cumprirá investigar e esclarecer se a atividade declarada no objeto social é efetivamente realizada, a tanto não bastando, evidentemente, a realização esporádica e eventual de atos lícitos. Uma coisa é a

prática de crime por empresa regularmente constituída; outra, a constituição regular de empresa para a prática mascarada de atividade ilícita.

De outra parte, foram instituídos outros tipos penais, sob a rubrica *Dos crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova*, dentre os quais avulta aquele contido no art. 21 da Lei nº 12.850/13, que prevê a pena de seis meses a dois anos, e multa, para quem *recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo*.

Mais adiante veremos a possibilidade de invalidação de algumas das disposições legais que comporiam o cenário do aludido tipo penal, especificamente em relação às requisições diretas do Ministério Público e do delegado de polícia. E veremos também que a Lei nº 12.850/13 é pródiga em bizarrices.

d) Da investigação e dos meios de obtenção de provas

O art. 3º enumera os meios de obtenção de prova a serem realizados no curso da persecução penal (fase de investigação e de processo), quase todos eles já de conhecimento geral e práticas rotineiras.

A novidade – e põe novidade nisso! – é a infiltração de agentes, prevista inicialmente na Lei nº 9.034/95, com redação dada pela Lei nº 10.217/01, e, depois, na Lei nº 11.343/06 (Tóxicos – art. 53, I), mas sem qualquer regulamentação quanto às condutas e consequências dos atos praticados pelo infiltrado. Sobre ela falaremos em tópico específico.

As demais, sobre as quais se poderiam levantar algumas objeções quanto à respectiva extensão, não oferecem maiores dificuldades.

São elas (art. 3º):

I – colaboração premiada;
II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos;
III – ação policial controlada;

IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI – afastamentos dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Note-se que o dispositivo legal faz remissão à reserva da *legislação específica* em relação a apenas dois incisos (V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, e, VI – afastamentos dos sigilos financeiro, bancário e fiscal), deixando claro que os demais meios de obtenção da prova ali previstos estariam regulados na própria Lei nº 12.850/13.

E, no que toca especificamente ao acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, prevê o art. 15 que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem *exclusivamente* a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de Internet e administradoras de cartão de crédito. Referida norma repete aquela contida no art. 17-B da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12.

A questão que se põe aqui diz respeito ao nível de tangenciamento da privacidade e da intimidade que estaria contido na nova regra de investigação, na medida em que, apesar de se limitar à informação relativa aos *dados pessoais* (filiação, qualificação e endereço), o fato é que os órgãos de investigação teriam acesso, desde logo, às informações também de ordem econômico-financeira, que resultaria do

esclarecimento quanto à portabilidade de cartões de crédito e de telefonia, bem como da existência de contas bancárias e/ou aplicações financeiras. E isso, naturalmente, ostenta uma dimensão que vai além da simples informação a respeito de dados pessoais.

Já tivemos oportunidade de sustentar – Capítulo 9, atinente às Provas – que o Ministério Público, titular da ação penal pública, não deveria se submeter às restrições impostas aos meios de prova *não incluídos expressamente* no rol do art. 5º, XII, da Constituição da República (ver, no ponto, o item 9.1.4.1, *a, b, c* e *d*).

No entanto, prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento em sentido contrário, alçando o Poder Judiciário à instância única de controle de legalidade das investigações, incluindo todas as espécies de afastamento de liberdades públicas (sigilo bancário, fiscal etc., sem falar naquelas expressamente reservadas *à exclusividade jurisdicional* – telecomunicações, de dados, telemáticos etc.). Com relação à Receita Federal, contudo, e no âmbito de procedimentos regulares ali instaurados, decidiu-se pela *desnecessidade* de autorização judicial para o acesso aos dados bancários sigilosos (ADI nº 2.390/DF), que podem, inclusive, ser repassados ao Ministério Público diretamente, como visto no item 9.1.4.1. "C".

Todavia, as disposições ora em comento apresentam algumas peculiaridades.

É que não se cuida de acesso *aos dados de movimentação financeira*, nem àqueles relativos *aos valores* eventualmente depositados à titularidade do investigado, e, tampouco, ao montante de gastos efetuados com o sistema de telefonia ou de administração de crédito. O que a lei autoriza é que tais instituições informem o nome, estado civil, filiação e endereço da pessoa. Há, portanto, redução sensível quanto ao conteúdo de privacidade a ser acessado, ainda que se reconheça, como o fazemos, que a medida ostenta dimensão mais alargada da privacidade e da intimidade do investigado. Por isso, sustentamos a validade constitucional da medida.

E para que se possa falar no acesso aos dados de qualificação e de localização dos investigados, impõe-se, de início, a indispensável existência de regular procedimento investigatório, a legitimar as medidas apontadas na citada legislação.

Poder-se-ia levantar aqui importante questão acerca da livre atuação policial em

tais situações, como, aliás, já vem sendo feita em alguns setores – já citamos o posicionamento da 2ª Câmara de Coordenação Criminal do MPF, em relação à suposta incapacidade da autoridade policial em representar diretamente ao juiz, sem a intervenção do MP – Procedimento MPF – 1.00.001.000095/2010-86, julgado em 2.12.2010.

De fato, é certo que o juízo de ponderação acerca da *adequabilidade* da medida, que balança entre a garantia da *proibição do excesso* e a *necessidade* de efetiva proteção penal contra ações de dimensões tão relevantes (as organizadas), deve passar também pelo controle de *viabilidade* da persecução penal, de modo a se evitar a adoção de medidas invasivas sem a prudente análise de sua pertinência e de sua necessidade. E esse controle, como se sabe, pertence ao Ministério Público, único órgão legitimado à ação penal pública, exceção feita à iniciativa privada nos casos de inércia do *parquet*.

Por isso, e embora não se faça tal exigência na Lei nº 12.850/13, pensamos que quaisquer providências nesse sentido não deveriam escapar do crivo do órgão responsável pela acusação, na medida em que cabe a ele, e somente a ele, avaliar a possibilidade de ingresso em juízo, ao exame da valoração jurídico-penal dos fatos em apuração. É dizer, se, à saída, entender o membro do Ministério Público que os fatos não se qualificam, em princípio, como infrações penais para as quais seja cabível a aplicação das normas relativas às organizações criminosas, não há por que se adotarem as diligências de que estamos a cuidar.

Há que se ter em mira, porém, que a legislação processual penal brasileira não exige a intervenção do *parquet* nos prazos iniciais estabelecidos para a conclusão da investigação criminal. Somente após o encerramento de tais prazos é que o Ministério Público ingressará no procedimento, a fim de analisar a necessidade de prorrogação do referido prazo, bem como acerca da necessidade de novas diligências ainda não realizadas.

Assim, é somente nessa fase da investigação que poderá o órgão da acusação exercer tal controle de viabilidade da persecução penal, a partir do exame dos fatos objeto da apuração policial e de sua valoração jurídico-penal. Poderá o *parquet*,

inclusive, já antecipar o juízo de arquivamento do procedimento, se assim entender cabível. Se ele não o fizer, porém, nada impedirá que a autoridade policial dê aplicação ao disposto no art. 15 da Lei nº 12.850/13.

De outra parte, mas, na mesma direção, apontamos desde já a inconstitucionalidade da regra contida no art. 17 da Lei nº 12.850/13, que avança sobre o *sigilo de registros telefônicos* pelo período dos últimos 5 (cinco) anos. Com efeito, aí já não se trata mais de informações acerca do nome, da qualificação e do endereço do investigado, mas de dados essencialmente conectados com o exercício da intimidade e da privacidade. Impõe-se a necessidade de autorização judicial, como desdobramento das comunicações dessa natureza (art. 5º, XII, CF).

Por fim, a Lei nº 12.850/13 cria novos tipos penais associados à tutela de legalidade da investigação e da obtenção de provas, conforme se verifica nos arts. 18, 19, 20 e 21 da citada lei.

Certamente o tipo contido no art. 21 é que deverá ser objeto de maiores reflexões, tendo em vista tratar-se da *recusa ou omissão de dados cadastrais, quando requisitados pelo Ministério Público e/ou pela autoridade policial.* O dispositivo também se refere à recusa à requisição do juiz, sobre a qual, porém, dúvida alguma levanta acerca da respectiva validade.

Os demais reproduzem incriminações, ora voltadas para a proteção da intimidade e privacidade (arts. 18 e 20), ora para a Administração da Justiça (arts. 19 e 20). Como esse é um trabalho de processo penal, deixemos aos penalistas as observações sobre tais delitos.

e) Da colaboração premiada

Há vários dispositivos legais cuidando da *colaboração* ou *delação premiada* no Brasil, impondo, de modo geral, a redução da pena ao colaborador (de um terço a dois terços), e, excepcionalmente, a possibilidade de perdão judicial (Lei nº 9.807/99, art. 13), sempre vinculados à eficácia ou eficiência da contribuição do agente, seja em relação à identificação dos autores e partícipes, seja para a proteção da vítima e recuperação do produto do crime.

É o que ocorre nas regras previstas,

a) no art. 159, § 4º, Código Penal, em relação à libertação da vítima na extorsão mediante sequestro;
b) na Lei nº 7.492/86, art. 25, § 2º, nos crimes contra o sistema financeiro naciona
c) na Lei nº 8.137/90, art. 16, a tratar dos crimes contra a ordem tributária;
d) na Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, Lei de Lavagem d Dinheiro e Ativos, art. 1º, § 5º;
e) Lei 9.807/99, Lei de Proteção à Testemunha, arts. 13 e 14;
f) Lei nº 11.343/06, que cuida dos delitos de tráfico ilícito de drogas e entorpecentes, art. 41.

De se ver que apenas a já revogada Lei nº 9.034/95 se reportava às infrações praticadas por meio de organizações criminosas. As demais se contentam com a colaboração ou delação feita por um dos agentes, quando se tratar de crimes praticados em concurso de agentes ou mediante qualquer forma de participação. O art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 também se refere à quadrilha (agora, *associação criminosa)*, mas não com exclusividade, admitindo a colaboração premiada em qualquer situação de coautoria. A citada Lei nº 9.034/95, então, veio a ser expressamente revogada pela Lei nº 12.850/13.

Assim, a primeira observação que se faz necessária é a seguinte: nenhuma das normas legais antes mencionadas foi atingida pela Lei nº 12.850/13, permanecendo vigentes e válidas, ressaltando o fato da revogação expressa da Lei nº 9.034/95, única a cuidar das organizações criminosas.

De modo que a colaboração premiada não constitui prerrogativa das organizações criminosas. Ao contrário, inúmeros delitos ou modalidades de ações delituosas continuam abertos ao procedimento de colaboração premiada, com as consequências previstas em cada e respectiva legislação. A única questão que poderá ser levantada – e o fazemos desde já! – é em relação ao tratamento mais benéfico previsto para a colaboração premiada na Lei nº 12.850/13, que, como regra, e além da redução e

substituição da pena privativa da liberdade, permite a possibilidade de *perdão judicial* ao colaborador, mediante condições bem mais facilitadas que aquelas contidas no art. 13 da Lei nº 9.807/99, única a prever semelhante possibilidade.

A Lei nº 12.850/13, portanto, vem para regular, dentre outras importantes questões, a colaboração prestada no âmbito de infrações cometidas mediante organização criminosa.

No entanto, a referida lei parece ser a única que efetivamente institui um modelo de procedimentos para a concretização da colaboração premiada, dispondo sobre a legitimidade ativa, sobre a fase procedimental em que será cabível a colaboração e, finalmente, acerca do papel e funções atribuídas ao juiz, à polícia e ao Ministério Público nessas fases.

Inicia-se, então, a série de bizarrices contidas na aludida legislação, que, por isso mesmo, padece de inegáveis inconstitucionalidades.

2.1) Da legitimidade para o acordo de colaboração

Lamentavelmente, o Brasil vem se tornando refém de disputas institucionais e, por vezes, corporativas, que terminam afastando ou embaraçando a convivência pacífica e eficiente entre órgãos indispensáveis à administração da Justiça.

Referido fenômeno vem atingindo e debilitando as relações entre Ministério Público e os delegados de polícia, responsáveis diretos pela efetividade da persecução penal. Nesse sentido, a rejeição da PEC 37 pelo Congresso Nacional somente obtida após ampla manifestação popular – consciente ou não! – azedou ainda mais os ânimos. Nela, proposta de emenda, pretendia-se afastar expressamente as atividades de investigação pelo Ministério Público.

A força de interferência de uma dessas instituições no Congresso Nacional – especificamente os delegados de polícia – que se já mostrava exuberante na formulação da citada proposta de emenda constitucional (PEC 37), culminou recentemente na Lei nº 12.830/13, que chega a apontar um inusitado *livre convencimento* do delegado de polícia nas investigações (dispositivo vetado).

Evidentemente, e, segundo nos parece, essa liberdade de convencimento somente produzirá efeitos no âmbito interno da instituição (de Polícia), impedindo interferências hierárquicas na condução do inquérito. Com tais limites, a novidade é bem-vinda.

A questão é que não há e nem deve haver qualquer espaço para a superioridade de uma instituição sobre a outra. Ambas são essenciais à administração da Justiça criminal. Cada uma delas deve exercer suas funções segundo as determinações constitucionais pertinentes, bem assim em obediência às disposições legais que as regulamentam.

É por isso que acreditamos perfeitamente válidas as normas processuais penais que concedem às autoridades policiais (delegados de polícia) a iniciativa *de representação* junto ao juiz criminal, para o fim de obtenção de provimentos cautelares necessários à preservação da investigação (escutas telefônicas, buscas e apreensões, prisão etc.). Ainda que tais autoridades não detenham capacidade *postulatória* – conceito teórico – a lei lhes autoriza capacidade equivalente, nos limites da investigação.

No entanto, a função de *titularidade da ação penal pública* é privativa do Ministério Público. E não porque queiramos, mas por expressa determinação constitucional (art. 129, I, CF).

E por ação penal há que se entender a iniciativa da persecução penal *em juízo*. Nesse contexto, tanto o oferecimento de denúncia quanto o requerimento de arquivamento do inquérito policial constituem regular exercício da titularidade da ação penal, e, de modo mais amplo, da persecução penal *em juízo*.

Também outras providências não relacionadas diretamente com a acusação em juízo são privativas do Ministério Público, precisamente por se inserirem no contexto da respectiva modalidade de persecução penal, tal como ocorre em relação à titularidade para a proposta de *suspensão condicional do processo* (art. 89, Lei nº 9.099/95) e à *transação penal* (art. 76, Lei nº 9.099/95).

E nem poderia ser de outro modo, na medida em que a única instituição pública no Brasil com *legitimidade ativa* para a persecução penal em juízo é o Ministério

Público. No que toca às ações penais públicas, evidentemente. Não vemos problema, por exemplo, no ajuizamento de ação penal privada pela Defensoria Pública, quando pobre o querelante. Ainda que sob o risco de termos dupla atuação da referida instituição em um mesmo processo (em ambos os polos – ativo e passivo) da ação.

Eis então que se chega ao art. 4º, § 2º e § 6º, da Lei nº 12.850/13, que elege o delegado de polícia como autoridade com *capacidade postulatória* e com *legitimação ativa* para firmar *acordos de colaboração*, a serem homologados *por sentença* pelo juiz.

Nada temos e nada poderíamos ter (quem sabe apenas em um passado longínquo e sombrio...) contra a autoridade e contra a importância do delegado de polícia na estrutura da investigação. Ainda que se modifique o quadro nacional, com a instituição, por exemplo, do Juiz das Garantias, a corporação policial deverá seguir se guiando por uma hierarquia administrativa, no comando de suas funções.

Todavia, o que a citada legislação pretende fazer é de manifesta e evidente inconstitucionalidade!

E isso por uma razão muito simples: a Constituição da República comete à polícia, inquinada de *judiciária*, funções exclusivamente *investigatórias* (art. 144, § 1º, IV, e § 4º). E, mais, remete e comete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica (art. 127) e a promoção *privativa* da ação penal (art. 129, I).

Ora, a atribuição privativa da ação penal pública significa a titularidade acerca do juízo de valoração jurídico-penal dos fatos que tenham ou possam ter qualificação criminal. Não se trata, evidentemente, e apenas, da simples capacidade para *agir*, no sentido de poder ajuizar a ação penal, mas, muito além, decidir acerca do caráter criminoso do fato e da viabilidade de sua persecução em juízo (exame das condições da ação penal).

Em uma palavra: é o Ministério Público e somente ele a *parte ativa* no processo penal de natureza pública (ações públicas).

E o que fez a Lei nº 12.850/13?

Dispôs que o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, *com a*

manifestação do Ministério Público, poderá *representar* ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador (art. 4º, § 2º)! Naturalmente, o mesmo dispositivo defere semelhante capacidade e legitimidade *também* ao Ministério Público! O desatino não poderia ir tão longe...

Não bastasse, e para deixar claro que não parariam aí tais capacidades e faculdades *tipicamente processuais* (ainda que na fase de investigação), afirma que "o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá *entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor*, com a manifestação do Ministério Público," ou entre o *parquet, o investigado e o defensor* (art. 4º, § 6º)!

Ou seja, a citada legislação parece elevar a autoridade policial à condição de *parte*, chegando a dispor, no art. 4º, § 10, que "*as partes* podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor".

Antes de se apontar a induvidosa invalidade constitucional dos termos legais antes mencionados, caberia indagar: o que significaria a *manifestação do Ministério Público*, nos casos em que o acordo de colaboração venha a ser firmado pelo delegado de polícia? E se o *parquet* discordar? Ainda assim poderia o delegado *fechar* o acordo?

Curiosamente, o citado art. 4º, § 2º, prevê a aplicação, *no que couber*, do art. 28 do CPP, que, como se sabe, trata da hipótese em que o juiz discorda do requerimento de arquivamento do Ministério Público e o submete ao órgão de revisão da instituição. O que afinal quereria dizer tal remissão?

Acaso seria que, na hipótese de discordância do Ministério Público com o acordo proposto pelo delegado de polícia, os autos deveriam ser submetidos ao controle de revisão na própria instituição ministerial? Se essa foi a intenção legislativa, seria ainda mais bizarra a solução, a estabelecer um conflito de atribuições entre o *parquet* e a autoridade policial. E mais. Nesse caso, a lei deveria se referir à aplicação por analogia do art. 28, CPP, e não apenas *no que couber*, como consta do texto, já que não se sabe onde caberia referida aplicação.

No ponto, entendemos que, com a modificação da regra do art. 28 do CPP, esta possibilidade de não oferecimento da denúncia, como regra, não mais pode ser sindicada pelo Poder Judiciário. Na verdade, deverá o membro atuante do *parquet* remeter os autos para a instância revisora superior (nos Ministérios Públicos estaduais ao PGJ, no MPF para a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, nos molde do art. 62, IV, LC nº 75/93), observando-se ainda a possibilidade (agora) de recurso, na forma disposta no § 1º do art. 28 do CPP (porém, relembre-se – outra vez – que a norma que alterou o art. 28 do CPP ainda está suspensa).

Assim, temos por absolutamente inconstitucional a instituição de capacidade postulatória e de legitimação ativa do delegado de polícia para *encerrar qualquer modalidade de persecução penal*, e, menos ainda, para dar ensejo *à redução ou substituição de pena e à extinção da punibilidade* pelo cumprimento do acordo de colaboração.

Se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o *arquivamento* de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade para o fim de:

a) *extinguir a persecução penal* em relação a determinado agente, sem a consequente legitimação para promover a responsabilidade penal dos demais (delatados), na medida em que cabe apenas ao *parquet* o oferecimento de denúncia;
b) *viabilizar a imposição de pena* a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritivas de direito, *condicionando previamente a sentença judicial;*
c) promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial?

Não se há de aceitar mesmo a legitimação ativa declinada na Lei nº 12.850/13, também porque:

a) o acordo de colaboração premiada tem inegável natureza *processual*, a ser homologado *por decisão judicial*, que somente tem lugar a partir da manifestação daqueles que tenham legitimidade ativa *para o processo judicial;*
b) o fato de poder ser realizado antes do processo propriamente dito, isto é, antes do oferecimento da acusação, não descaracteriza sua natureza processual, na medida em que a decisão judicial sobre o acordo está *vinculada* e também vincula a sentença definitiva, quando condenatória;
c) a condição de *parte* processual está vinculada à capacidade e à titularidade para a defesa dos interesses objeto do processo. É dizer, a legitimação ativa está condicionada à possibilidade da ampla tutela dos interesses atribuídos ao titular processual, o que, evidentemente, não é o caso do delegado de polícia, que não pode oferecer denúncia e nem propor suspensão condicional do processo;
d) o acordo de colaboração, tendo previsão em *lei* e não na Constituição da República, não poderia e não pode impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, independentemente de qualquer ajuste feito pelo delegado de polícia e o réu;
e) para a propositura do acordo de colaboração é necessário um juízo prévio acerca da valoração jurídico-penal dos fatos, bem como das respectivas responsabilidades penais, o que, como se sabe, constitui prerrogativa do Ministério Público, segundo o disposto no art. 129, I, CF.
f) a eficácia do acordo de colaboração está vinculada não só aos resultados úteis previstos em lei, mas também à *sentença condenatória* contra o colaborador, o que dependerá de ação penal proposta pelo Ministério Público.

Por todas essas considerações, não nos parece aceitável a possibilidade de propositura e de formalização de acordo de colaboração pelo delegado de polícia, não se podendo aceitar, então, que o juiz *decida* por *homologação* um ajuste com tais características.

Ou bem se admite a inconstitucionalidade de tais normas, ou, se for possível aceitar a validade da atuação policial na colaboração premiada, que esteja ela condicionada à *manifestação favorável* do Ministério Público, caso em que o acordo, naturalmente, teria como parte legítima o *parquet* e não o delegado de polícia.

Aliás, e no interesse público comum e geral, esperemos que as duas instituições da persecução penal voltem a trilhar o mesmo caminho, juntas, em benefício dos interesses da Justiça criminal.

Em junho de 2018, todavia, o Supremo Tribunal Federal deu números finais à questão, julgando pela *constitucionalidade* da norma (ADI 5.508/DF, Rel. Min Marco Aurélio, julgado em 20.06.2018), que permite ao delegado de polícia a formalização de acordos de colaboração premiada, desde que haja manifestação prévia do Ministério Público, sem caráter vinculante.

Só podemos fazer coro, então, à posição vencida dos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, que exigia manifestação *positiva* do Ministério Público. Mesmo o voto solitário do Ministro Edson Fachin nos parece mais defensável, já que ali só se autorizava a colaboração premiada firmada por Delegado de Polícia nos casos em que ela não estabelecesse transação envolvendo o poder punitivo estatal (por ser o *parquet* o titular exclusivo da ação penal pública).

2.2) Do cabimento e das condições da colaboração

Feitas já as ressalvas quanto à validade de outras formas de colaboração premiada previstas em outras normas, a Lei nº 12.850/13 institui algumas medidas procedimentais para a aplicação do aludido acordo nas infrações praticadas por meio de organizações criminosas. Dispositivos, aliás, que poderão ser aplicados, por analogia, às demais situações de seu cabimento.

Enquanto as demais leis que a contemplam se referem às infrações praticadas em coautoria e/ou participação, a Lei nº 12.850/13 parece se destinar apenas aos casos de organização criminosa.

No entanto, repita-se, as normas mais favoráveis da mencionada legislação podem

e devem se estender às demais hipóteses de cabimento do instituto, isto é, segundo o disposto nas demais fontes legislativas.

Inicialmente, observa-se que o acordo poderá ter por objeto a redução da pena, até dois terços, ou a substituição da pena privativa da liberdade por restritivas de direito, além da concessão do perdão judicial pela colaboração efetiva e voluntária com a investigação e/ ou com o processo criminal, desde que dela (colaboração) resulte pelo menos um único dos seguintes resultados (art. 4º):

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

É certo, então, o cabimento ou a aplicação de algumas normas mais favoráveis da Lei nº 12.850/13 às outras hipóteses de colaboração premiada já instituídas em outras legislações. Não menos correto, porém, é limitar tal analogia, quando diante de peculiaridades e especificidades que estejam a recomendar tratamento diverso.

Veja-se, a propósito, que a Lei nº 12.850/13 exige a satisfação de apenas um dos requisitos de cabimento, dentre aquelas cinco hipóteses alinhadas no art. 4º da citada lei, ao contrário do que dispõem as demais leis sobre a matéria.

Vamos imaginar, então, que determinada organização criminal tenha sequestrado e esteja a extorquir os familiares da vítima, na configuração do crime capitulado no art. 159, Código Penal.

De acordo com a nova legislação, bastaria que o colaborador revelasse a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa para que fizesse jus

(tivesse direito) aos favores da regra de *premiação* ali contida, incluindo o perdão judicial. Isto é, independentemente do resultado útil da libertação da vítima da extorsão mediante sequestro, que vem a ser a condição *sine qua non* para a redução da pena pela colaboração no referido delito (do art. 159, CP). Nessa situação, a solução de uma lei não satisfaz a de outra.

A única forma de compatibilizar tais disposições é aplicar as regras do art. 4º, Lei nº 12.850/13, *somente* ao crime de organização criminosa e não a todos *aqueles por ela praticados*, como bem se vê do exemplo que acabamos de dar.

Por outro lado, se as declarações do colaborador tiverem facilitado a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada (art. 4º, V, Lei nº 12.850/13), nada impediria a aplicação do benefício (da redução ou da substituição da pena, e até do perdão judicial) para ambas as infrações penais (do crime organizado – art. 2º, Lei nº 12.850/13, e da extorsão mediante sequestro, art. 159, CP).

Dito de outro modo: impõe-se o exame de cada caso concreto, a fim de se saber se as normas mais favoráveis da Lei nº 12.850/13 são mesmo compatíveis com a natureza do crime e com as respectivas prescrições legais a ele pertinentes.

No entanto, pensamos que *o perdão judicial*, previsto inicialmente apenas em determinada situação na Lei nº 9.807/99, mas, agora, também na Lei nº 12.850/13, poderá ser aplicado às demais situações legais de colaboração premiada.

De igual maneira, e até por ausência de especificação nas demais leis acerca da matéria, o procedimento de formação e homologação do acordo de colaboração previsto na Lei nº 12.850/13 poderá ser aplicado àquelas hipóteses, desde que compatíveis com as regras de proteção à testemunha previstas na Lei nº 9.807/99.

Por fim, em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, bem como a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (art. 4º, § 1º).

No particular, o legislador brasileiro parece ter um fetiche com a *personalidade* do agente!

Ora, não há tecnologia ou ciência suficientemente desenvolvida, ou cujo conhecimento técnico seja seguro quanto aos vários e possíveis diagnósticos acerca da personalidade de quem quer que seja! Certamente não se trata de questão jurídica, o que, já por aí, tornaria o juiz refém de laudos médicos, psicológicos ou psiquiátricos.

É certo que tais laudos e exames são utilizados para a afirmação da inimputabilidade penal, mas, convenhamos: uma coisa é afirmar que o agente não tem condições de entender o caráter ilícito do fato ou de se comportar segundo esse entendimento; outra, bem diferente, é dizer que se trata de pessoa com tendências para o crime, com essa ou aquela psicopatia não incapacitante, mas perigosa etc.

Preferimos ficar com o exame das condições objetivas dos fatos, tais como os meios de execução dos crimes praticados pela organização, a natureza de tais delitos e as consequências causadas nas vítimas, ideais e potenciais, e, enfim, com tudo aquilo que puder ser objeto de valoração racional, controlável pelo senso comum das ciências humanas em geral.

E que não se duvide da importância de tais condições (objetivas) como critério para a definição da pena cabível. A posição na hierarquia da organização poderá implicar um nível de maior intensidade da responsabilidade penal, sobretudo quando for atribuída à referida estrutura a prática de crimes de especial gravidade.

Outra questão que deve ser enfrentada é a *extensão* dos privilégios que podem ser negociados com colaboradores. A nosso sentir, a legislação não permite a concessão de outros benefícios que não aqueles listados expressamente nos diplomas pertinentes, o que veio a ser reforçado com a inclusão, pela Lei 13.964/19, do inciso II no § 7º do art. 4º da Lei 12.850/13, mencionando expressamente a *adequação dos benefícios aos previstos naquele diploma*. Com efeito, o art. 4º da Lei nº 12.850/13 prevê a possibilidade de se requerer o perdão judicial, a redução da pena em até 2/3 ou a substituição da privação de liberdade por penas restritivas de direitos, ao passo que o § 4º menciona a hipótese de se *deixar de oferecer denúncia* contra o colaborador, e o § 5º, restrito às colaborações *posteriores* à sentença condenatória, cita redução de pena pela metade ou a progressão de regime ainda que ausentes os

requisitos objetivos. A discricionariedade atribuída ao *parquet*, portanto, seria para a escolha do benefício – dentre os expressamente mencionados – mais apropriado para a condição pessoal do colaborador.

A novidade legislativa pacifica, portanto, a questão, já que vinham sendo homologadas diversas colaborações premiadas que estabeleciam vantagens muito além do que o espectro legal abarcaria, como a fixação da pena máxima a ser aplicada ao colaborador, seguida da paralisação e futura extinção da punibilidade de todos os outros crimes por ele praticados, quando ultrapassado aquele limite; ou o avanço até mesmo sobre o regime de cumprimento de pena, e sobre a suspensão de ações penais em curso contra o colaborador etc.

De outro lado, não se queira argumentar que a previsão de *perdão judicial* ao colaborador legitimaria tais procedimentos. Em primeiro lugar, porque essa modalidade de prêmio deve ser reservada unicamente para aqueles cujas condições pessoais e, sobretudo, cujas condutas praticadas não revelem ou exijam um grau de punição mais significativo.

Em segundo lugar, a própria estrutura legal da colaboração desestimula essa interpretação. Fosse essa a intenção, teria aquele diploma fixado apenas o benefício "máximo" e o "mínimo", concedendo assim uma autonomia ao órgão ministerial semelhante ao sistema do *plea bargaining* norte americano. No entanto, o dispositivo desce a minúcias, listando inclusive o limite da redução de pena – o que seria completamente desnecessário caso se entendesse que *qualquer benefício* menos favorável do que o perdão judicial estaria ao alcance da proposta do Ministério Público.

Esta já era também a interpretação da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, no HC 151.605/PR (Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20.03.2018) enfatizou a necessidade de limitar os benefícios possíveis aos colaboradores àqueles taxados expressamente na Lei nº 12.850/13.

2.3) Do procedimento da colaboração

O acordo de colaboração poderá ser feito na fase de investigação, na de processo,

e até mesmo após a sentença, bem como na fase de sua execução (art. 4º, §§ 2º e 5º).

Para bem logo, porém, esclareça-se que os benefícios constantes do *caput* do art. 4º da referida legislação poderão ser aplicados *até mesmo no caso de inexistir a formalização do acordo de colaboração*. O que é decisivo para a respectiva incidência é a efetiva colaboração em juízo (ou na investigação) e da qual tenham resultado os objetivos definidos nos incisos I a V do mesmo dispositivo legal (art. 4º).

Ou seja, a eficácia da colaboração constitui matéria ao alcance da jurisdição, independentemente da formalização do acordo, podendo ser reconhecida na sentença e mesmo após dela, no que respeita, por exemplo, à afirmação do direito do colaborador a cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento diverso dos demais corréus ou condenados (art. 5º, VI).

Não nos parece razoável que os réus estejam *necessariamente* (embora preferencialmente!), em *estabelecimentos penais* diversos, mas sim que sejam mantidos em cumprimento de prisão cautelar ou de pena definitiva em ambientes separados.

Outra importante observação deve ser feita em relação ao acordo de colaboração diz respeito à sua natureza.

Que se trata de *decisão* ninguém duvida, até porque a lei é claríssima quanto à *homologação judicial* do acordo (art. 4º, § 7º).

No entanto, não se cuida de decisão absolutamente autônoma, ou que possa ser autoexecutável, em si mesma. Note-se, ao propósito, que o seu conteúdo, por si só, já indica sua vinculação com a *sentença condenatória* no processo criminal instaurado contra os réus (incluindo o colaborador, como veremos). Afinal, a *redução, a substituição da pena privativa* ou o *perdão judicial* somente poderão ser aplicados, isto é, somente poderão ser eficazes a partir da *condenação* do colaborador.

Se os réus forem absolvidos ou for extinta a punibilidade do(s) crime(s) a eles imputado(s), não se poderá atribuir qualquer efeito aos termos do acordo de colaboração, ainda que previamente homologado judicialmente.

Quanto aos procedimentos cabíveis para a formalização do acordo e para o ajuizamento da ação penal, a coisa se daria da maneira que se segue.

Na fase de investigação, a partir da iniciativa voluntária do colaborador, sempre na presença de seu defensor (art. 4º, § 15, Lei nº 12.850/13), a autoridade policial e o Ministério Público poderão dar início às negociações para a formalização do acordo de colaboração premiada, da qual não participará, à evidência, o juiz (art. 4º, § 6º).

Renovamos a observação no sentido de entendermos inconstitucional, a despeito da recente compreensão do STF, a norma legal que reconhece no delegado de polícia a legitimação para a formalização do acordo, ainda que com a manifestação do *parquet* (o que não nos impede, por outro lado, de reconhecer que, na prática, alguns acordos de colaboração realizados pela Polícia Federal – e só destes temos conhecimento – se encontram mais alinhados com a Lei nº 12.850/13 do que muitos daqueles propostos pelo Ministério Público, em que se estabelece, por exemplo, a antecipação de pena). A menos, é claro, que essa manifestação seja *favorável*, caso em que o Ministério Público será, sempre, o legitimado para a submissão da matéria ao juiz. Apenas ele detém capacidade postulatória e legitimação para atos de definição judicial da persecução em juízo.

O novo art. 3º-B da Lei nº 12.850/13 reproduz, com variações semânticas, o item 4 da Orientação Conjunta n. 1/2018, da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação do Ministério Público Federal que diz: a proposta aceita é que delimita o denominado "marco de confidencialidade" (com lavratura do termo de confidencialidade – § 2º, se não houver a rejeição sumária, nos termos do § 1º).

Compreendemos que, após a assinatura de um termo de confidencialidade, devem ser desenvolvidas entre as partes a troca de informações (escritas, e não necessariamente, neste momento, acompanhadas de provas) que indiquem, com dados suficientemente objetivos, o que pretende dizer e comprovar o colaborador.

Assim, o recebimento de proposta para análise ou do Termo de Confidencialidade não implica, por si só, em eventual suspensão da investigação, a não ser que exista algum acordo entre as partes no que se refere a medidas cautelares e/ou assecuratórias.

De relevo ainda frisar que os termos de recebimento de proposta e de confidencialidade devem ser elaborados pela parte *celebrante* (Ministério Público ou autoridade policial, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal) e assinados por ela, pelo colaborador e pelo *advogado ou defensor público (que precisa ter poderes específicos para tanto)*. A propósito, o art. 3º-C da Lei nº 12.850/2013 (conforme a Lei nº 13.964/2019) também passou a prever explicitamente que a proposta de colaboração deve estar instruída com procuração do interessado *com poderes específicos* para o início das tratativas de colaboração, ou então deverá ele firmar pessoalmente que pretende a colaboração juntamente com seu advogado ou defensor público. Essa disposição tem igualmente similitude com o item 5 da Orientação Conjunta nº 1/2018.

Já nas disposições dos §§ 3º a 5º do novo art. 3º-B da Lei nº 12.850/2013, temos, agora, o detalhamento de algumas questões procedimentais (que, na prática, já eram feitos) de como *realizar* a colaboração premiada, sendo importante destacar que o § 5º guarda, também, similitude com o item 4.4 da Orientação Conjunta nº 1, antes mencionada.

Há também previsão inserta no § 2º do art. 3º-C da Lei nº 12.850/2013 (igualmente já realizada na prática) de que, em caso de eventual conflito de interesses ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou participação de defensor público (*previsões similares aos itens 10 e 10.1 da Orientação Conjunta nº 1/2018, 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF*).

A obrigação inserta no § 3º do art. 3º-C da Lei nº 12.850/2013 pela Lei nº 13.964/2019 apenas passou a prever expressamente o que, na prática, já era realizado: há o claro *dever* de o colaborador narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação com os fatos investigados (logo, a colaboração não pode ser exclusivamente *sobre fatos diversos da investigação*).

Os termos do § 4º do art. 3º-C da Lei nº 12.850/2013 (redação da Lei nº 13.964/2019), preveem, de forma expressa, que é dever *da defesa* instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos *adequadamente descritos, com todas as*

suas circunstâncias, indicando (e não precisando desde já *juntar*) as provas e os elementos de corroboração (dos fatos narrados).

Acaso ultimadas as tratativas e não chegando as partes em ajuste para assinatura do acordo, deverão as informações ser destruídas e, pelo acordo de confidencialidade, jamais poderão ser utilizadas pelo Ministério Público em desfavor do pretenso colaborador ou de terceiros. Exatamente por isso o acréscimo do § 6º do art. 3º-B, prevendo agora expressamente que se, antes da homologação, não for celebrado o acordo por iniciativa do titular da negociação, a instituição não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas *apresentadas* pelo colaborador.

Ainda sobre as *tratativas*, no texto do § 13 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 consigna que "*o registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador*". A redação originária da lei dispunha que, "*sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações*".

Em seu formato primevo, tratava-se de providência importante e que deveria ser realizada sempre que se dispusesse dos meios nela mencionados, exatamente como forma de demonstrar a espontaneidade e a regularidade do procedimento na oitiva (detalhamento dos fatos) do colaborador.

Ocorre que agora a lei diz que se deve fazer o registro inclusive das *tratativas* da colaboração (e não apenas dos atos de colaboração – ou seja, os depoimentos do colaborador). Em nossa compreensão, essa alteração não tem utilidade processual, e poderá burocratizar sem qualquer utilidade prática ou jurídica muitos acordos. Não há sentido "gravar" as "tratativas" de negociação, na medida em que a própria legislação facultou expressamente ao juiz a análise (*com a presença só do advogado e do colaborador*) aferir como se deram as tratativas e sobretudo a voluntariedade do colaborador antes da homologação do acordo. Exatamente por isso continuamos

compreendendo que *essenciais* para a colaboração são os depoimentos em si do colaborador (que serão o marco para delimitar suas obrigações para usufruir dos benefícios legais acordados).

Insistimos ainda que, no caso de ser impossível a providência de registro audiovisual ou de qualquer meio, deverão as partes, nessa situação, assinar documento registrando e justificando a impossibilidade técnica e que essa circunstância em nada abalou a obediência aos pressupostos fundamentais da espontaneidade e voluntariedade do colaborador (que, depois, será aferida pelo julgador em audiência com ele e seu advogado – isto porque o § 7º do art. 4º prevê que *"serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I – regularidade e legalidade; II – adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III – adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; IV – voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares"*.

Feito isso e encerradas as tratativas, se de acordo os legitimados, MP, o colaborador e seu defensor, será assinado um termo de colaboração, devidamente acompanhado das declarações do colaborador e cópia dos procedimentos de investigação já registrados, para posterior encaminhamento à distribuição em juízo, a quem caberá o exame: da regularidade e da legalidade do ajuste; da adequação dos benefícios pactuados com os previstos na Lei (sendo *nulas* as cláusulas que violem o critério do cumprimento inicial de pena, bem como as que alterem as regras de cada

um dos regimes, e também as que alteram os requisitos de progressão de regime); a adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos pelo instituto; e a voluntariedade da manifestação de vontade (art. 4º, § 7º). Querendo, o juiz poderá ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Igualmente, é preciso enfatizar que, no caso de colaboração realizada com pessoa que esteja presa, jamais – em hipótese alguma – poderá ser *negociada* a liberdade como uma *condição* do acordo. A liberdade poderá decorrer, no máximo, de eventual incompatibilidade dos benefícios acordados (e devidamente homologados) com os requisitos objetivos das prisões cautelares.

Nesta decisão homologatória, o novo § 7º-A do art. 4º, dispõe que "o juiz ou tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação de pena (...) antes de conceder os benefícios pactuados". Portanto, a análise dos benefícios pactuados não deverá ser feita no momento do recebimento da denúncia, mas sim no próprio julgamento do feito, o que já vinha sendo reconhecido pela jurisprudência. Ainda, são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão que homologa o acordo (§ 7º-B).

Referido termo deverá conter (art. 6º):

I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Em seguida, por meio de petição, contendo as informações necessárias apenas ao registro do feito, vedadas aquelas (informações) que possam identificar o colaborador e o objeto da colaboração (art. 7º), o pedido de homologação será

distribuído em sigilo na Justiça criminal (sigilo este que deve ser mantido em *qualquer hipótese*, já que o § 3º veda peremptoriamente a publicidade do acordo antes do recebimento da denúncia). Identificado o juiz competente, o termo propriamente dito será encaminhado diretamente a ele, que terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para decidir sobre a homologação (art. 7º, § 1º).

O acesso aos autos será limitado às partes, ao juiz e ao delegado de polícia (art. 7º, § 2º). Diz ainda a lei que será assegurado ao defensor, *no interesse do representado*, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, *devidamente precedido de autorização judicial*, mantendo-se em sigilo, porém, as diligências em andamento.

Começam aqui inúmeras dúvidas!

Em primeiro lugar, é de se supor que o tratamento legal do acordo pressupõe a existência de inquérito policial, ao se referir às *negociações* entre delegado de polícia, Ministério Público, o colaborador e seu defensor (art. 4º, § 6º).

Ora, mas se já existe inquérito policial, a distribuição do pedido de acordo deverá seguir a precedência na tramitação das investigações! Assim, o pedido deverá ser dirigido ao juiz perante o qual já tramita o inquérito policial.

Contudo, ao que se extrai das demais disposições pertinentes, sequer deverá haver o apensamento entre o pedido de acordo e o inquérito policial, a fim de preservar o sigilo do conteúdo do ajuste, bem como dos dados pessoais do colaborador. E isso até o recebimento da denúncia (art. 7º, § 3º), quando, então, mantido o sigilo quanto aos dados pessoais, os termos do acordo de colaboração poderão estar acessíveis aos acusados.

Então, a qual defensor se referiria o citado § 2º, do art. 7º? Ao do colaborador? Ou seria àqueles dos demais investigados? Se for ao defensor do colaborador, a norma seria de pouca valia, dado que ele já conheceria o material informativo até então apurado. De fato, como aceitar a colaboração sem ter contato com o mínimo de elementos probatórios?

Assim, parece que o aludido dispositivo se refere à defesa dos demais

investigados, integrantes da organização e eventualmente referidos pelo colaborador, e se reporta, portanto, aos autos dessa investigação. Relembre-se, então, como ressalva, que o que é sigiloso, ao menos até o oferecimento da denúncia, é o acordo de colaboração (art. 7º, § 3º) e não os autos de inquérito policial.

Com o que se conclui que, uma vez oferecida a denúncia, haverá o apensamento do acordo de colaboração aos autos do processo instaurado, mantidos os sigilos das informações constantes do art. 5º, que constituem direitos do colaborador.

Feito isso, e diante do emaranhado de normas aleatoriamente dispostas nos parágrafos do art. 4º, poder-se-ia indagar se a denúncia deveria incluir o colaborador, com quem já se teria firmado o termo de colaboração devidamente homologado.

A resposta é positiva.

Já o dissemos: o citado acordo de colaboração *não tem vida própria*, estando sua eficácia *condicionada* à sentença final *condenatória*, sem a qual não se poderia pensar na aplicação de redução, de substituição de qualquer pena, ou mesmo de perdão judicial. De fato, não haveria pena a se reduzir ou a substituir, e, tampouco, perdão a se conceder!

Se tais considerações não fossem suficientes, restaria lembrar a ressalva expressa quanto à excepcionalidade do *não oferecimento* de denúncia no caso do § 4º, do art. 4º, cujo conteúdo já veremos. Nessa ordem de ideias, e, *a contrario sensu*, a inclusão do colaborador na peça de acusação seria a regra.

E se, ainda, tudo isso não bastasse, um exame superficial dos *resultados úteis* arrolados no art. 4º da legislação em comento justificaria a conclusão que vem de se expor. É que cada um deles apresenta certas especificidades, naturais, temporais ou circunstanciais, que somente no curso do processo judicial, poderão ser reconhecidas.

Vejamos.

As hipóteses previstas nos incisos I (identificação dos demais coautores, partícipes e das infrações penais por eles praticadas), II (revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas), e, em menor escala, a do inciso IV (recuperação

parcial ou total do produto ou do proveito das infrações praticadas pela organização), dependeriam do curso do processo, e, particularmente, das provas colhidas na instrução criminal.

Com efeito, como definir a autoria, a participação, a prática de outras infrações, a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas senão após a instrução criminal, após o amplo exercício da defesa e do contraditório?

Assim, parece não haver dúvidas que o colaborador deve estar incluído na denúncia. Acaso venha a ser proferida sentença *condenatória*, e seja comprovada a eficácia da colaboração, serão cumpridos os termos do acordo de colaboração já homologado. Aliás, pensamos que o juiz até poderá conceder o perdão judicial, mesmo quando não previsto no acordo, a depender da relevância da atuação do colaborador, conforme o disposto no art. 4º, § 2º. E, de ofício, segundo nos parece, já que se trata de aplicação da pena.

E quando, *na fase de investigação*, as condições de comprovação do cumprimento das medidas de colaboração dependerem de mais tempo, prevê o § 3º, do art. 4º, a possibilidade de suspensão do prazo para o oferecimento de denúncia, em até 6 (seis) meses, prorrogáveis. Nessa hipótese, haverá também a suspensão do prazo prescricional (art. 4º, § 3º).

Se já *na fase de processo*, sobre ele recairá a suspensão, caso em que se deverá proceder à separação deles (processos), a fim de se evitar o prolongamento do procedimento em prejuízo dos demais acusados.

A participação do colaborador no(s) delito(s) deverá estar contida na peça acusatória, com a individualização das condutas e especificação de sua posição na estrutura hierárquica e das respectivas tarefas. Isso é absolutamente óbvio!

Cabe considerar que a aludida e necessária inclusão das condutas a ele atribuídas certamente permitirá a sua identificação pelos demais acusados, ainda que, no intuito e no dever de se preservar seus dados pessoais, se utilize de codinomes ou nomes fictícios. É inversamente proporcional a relação entre a participação do colaborador na engrenagem e sua identificação pelos demais.

Conclui-se, portanto, que a lei exige a necessidade de inclusão do colaborador na denúncia, somente a excepcionando nas hipóteses dos incisos I e II do § 4º, do art. 4º, que se verá a seguir.

A referida norma (art. 4º, § 4º) se reporta ao colaborador que narra infração até então desconhecida (e como se fará a *aferição* de ser ou não de prévio conhecimento do Ministério Público a infração referida? A solução se encontra no § 4º-A, que dispõe que se considera "*existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador*") e:

I – não for o líder da organização criminosa; e,

II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo (art. 4º).

Não há como deixar de apontar o *utilitarismo rasteiro* que a previsão do inciso II explicita tão abertamente: *quem chegar primeiro leva!* O quê? O acordo de colaboração sem o oferecimento de denúncia!

Na verdade, essa estratégia legal se presta a legitimar o que há de pior em matéria de Justiça *negociada*. Ilumina com as luzes dos interesses menos republicanos a técnica da intimidação para fins de persecução penal. Trata-se, com efeito, de manobra investigatória que não respeita o dever de eficiência administrativa, na medida em que abre oportunidade a toda sorte de manobras diversionistas por parte de possíveis responsáveis por infrações criminais.

Como saber, ainda na fase de investigação, e mesmo com as prorrogações de prazo previstas no § 3º, do art. 4º, que esse ou aquele colaborador (o que chegar primeiro!) não é efetivamente o líder da organização? O risco da aparição de interessados *unicamente* na possibilidade de sequer ser denunciado é muitíssimo maior! O citado dispositivo legal não é só bizarro, mas portador, ou de soberba ingenuidade, ou, muitíssimo pior, de má-fé estatal mesmo.

Se alguns dos resultados úteis do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, são de fácil e

imediata comprovação, como, por exemplo, a localização da vítima com sua integridade física preservada, outros há, como vimos, que demandam maiores cuidados e o passar do tempo no processo.

Já a hipótese do inciso I do citado § 4º, art. 4º (não ser o líder da organização) dependerá, necessariamente, *do encerramento da instrução criminal*, quando somente aí se poderia fazer o acertamento quanto à posição do colaborador na organização criminosa. É claro que haverá situações de maior visibilidade quanto à menor participação daquele que se apresenta como colaborador, mas o fato é que não se deve trabalhar com essa hipótese *como regra*.

E outra: toda organização criminosa tem mesmo um e apenas um líder? Não haveria, por acaso, estruturas de lideranças, a depender da complexidade da organização? Aqui, o risco de se trocar *lebre por gato* estará sempre presente, sobretudo porque a primeira sempre cumprirá o requisito da precedência do inciso II, chegando antes.

E os danos à eficiência administrativa serão evidentes!

A *uma*, porque o tratamento mais favorável pela precedência ou pela antecipação da colaboração poderia desestimular aquele que, mais concretamente, teria elementos para melhor direcionar a investigação. Não negamos a possibilidade de mais de uma colaboração, conforme já o assentamos. No entanto, quando se amplia o benefício para quem chegar primeiro (não ser denunciado!), os demais *corredores* poderão ser atropelados quanto ao conteúdo das respectivas delações.

A *duas*, porque a colaboração pode desviar o foco da investigação para rumos indesejados, no que diz respeito ao interesse público na persecução penal, mal que assola, aliás, qualquer forma e modalidade de justiça negociada, e não só a situação de precedência na atuação colaborativa.

A *três*, por fim, pelo fato de que a *subsidiariedade* (ou menor importância) da atuação do colaborador pode vir a ser desmentida na instrução do processo, o que, à míngua de denúncia contra ele oferecida, poderia ensejar a impunidade daquele que mereceria a resposta penal em alguma extensão (ainda que com pena reduzida ou substituída, pela colaboração útil).

Felizmente, a legislação afirma que o Ministério Público *poderá* deixar de oferecer a denúncia, o que, por si só, já garante um nível de maiores cuidados com a manipulação da obrigatoriedade da ação penal.

E que não se diga tratar-se de direito subjetivo do colaborador, a permitir a intervenção judicial por meio da rejeição da denúncia, com base em tais circunstâncias. Primeiro, porque a lei não obriga o Ministério Público a *não denunciar*, e, segundo, porque nem sempre se poderá ter certeza, ainda na fase de investigação, que o colaborador não exerce posição de destaque na organização criminosa.

e.3.1) Depoimento e direito ao silêncio

As declarações do colaborador, para serem eficientes e fundamentarem o acordo, deverão ser tomadas como se de testemunha se tratasse, não se aplicando as regras atinentes ao direito ao silêncio, nos termos do § 14º do mesmo art. 4º. Quanto à validade do depoimento de corréu em tais situações, veja-se nesse sentido a decisão da Suprema Corte no julgamento da AP 470, Agr-sétimo/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, jul. 18.6.2009.

Pode-se perguntar: como se poderia renunciar a um direito de fundo constitucional, por simples autorização legislativa? Ou, seria mesmo uma hipótese de renúncia?

Talvez nem tão complexa seja a explicação da matéria.

Observe-se, à saída, que qualquer acusado ou investigado pode livremente confessar os fatos que lhe são imputados em juízo ou que estejam sendo investigados. Não há o *dever* ao silêncio!

Assim, a norma a que nos referimos é de uma ausência de técnica legislativa beirando o inexplicável! Se a colaboração depende de ato voluntário do agente, e, se, para sua eficácia, dependerá também de determinadas informações/declarações a serem prestadas por ele, não há que se falar em *renúncia* ao direito ao silêncio.

E, mais, o dever de dizer a verdade na hipótese, tal como previsto no referido dispositivo, decorreria unicamente de ato voluntário do colaborador e não como

imposição da norma legal! Se antes dessa decisão pessoal ele não era obrigado a depor – direito ao silêncio – não se pode dizer que ele tenha renunciado a esse direito, mas, sim, que resolveu se submeter às consequências de sua confissão.

Nesse passo, pode até ser que ele venha a responder pelo crime de denunciação caluniosa, dado que não é permitido a ninguém, ainda que na defesa de seus interesses, atribuir a responsabilidade penal de um fato a terceiro, sabendo falsa a afirmação (art. 339, CP).

Pelo falso testemunho, parece-nos que não!

De início, porque ele, a rigor, sequer ocuparia a posição de testemunha no processo, segundo exigências do princípio da legalidade estrita em matéria penal (art. 342, CP).

Ao depois, a falsidade das declarações, com o objetivo de se favorecer dos benefícios da lei, é um risco que deve correr o Estado, sem que se possa falar em renúncia à autodefesa. O direito ao silêncio, aliás, surge, não para beneficiar pessoas levadas ao processo criminal, mas para respeitar os limites de todo aquele que se veja na iminência de ver restringida sua liberdade de ir e vir, além de constituir método mais seguro de formação da certeza judicial.

Em contrapartida, na hipótese de não se confirmarem as informações e declarações por ele prestadas, ou por terem as partes se retratado do acordo (§ 10, art. 4º), nenhum desses depoimentos poderá ser utilizado, exclusivamente, em desfavor do colaborador, embora possa sê-lo, eventualmente, contra outros agentes (na medida de sua veracidade, é claro).

Aliás, e ademais, de se ver que nenhuma sentença poderá condenar quem quer que seja com base exclusivamente nas declarações do colaborador (art. 4º, § 16). É dizer, ainda que a força de convencimento das declarações ou dos depoimentos prestados pelo colaborador possa, com efeito, convencer o magistrado acerca da responsabilidade de outros agentes, não poderá ele se valer de tal prova para fundamentar a condenação.

Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o

colaborador deverá estar assistido por defensor (art. 4º, § 15).

e.3.2) Recusa à proposta de colaboração

Vejamos agora algumas possibilidades concretas de problemas que poderão surgir no procedimento atinente ao acordo de colaboração.

Exemplo: na hipótese de não propositura do acordo de delação pelo Ministério Público, por entender ausentes os requisitos legais, o que poderia ser feito?

Embora a Lei nº 12.850/13, de modo muito enigmático, estabeleça a possibilidade de aplicação do art. 28 do CPP, lá na regra do art. 4º, § 2º, não vemos como possa o juiz se imiscuir em questões dessa natureza!

Uma coisa é ele poder recusar o arquivamento do inquérito (e que já é inadequado!) e submetê-lo à instância de controle no âmbito do próprio *parquet*, conforme o comando do art. 28, CPP (que, aliás, foi alterado pela Lei 13.964/19 e atualmente – desconsiderando o fato de que a norma se encontra suspensa – sequer prevê a participação do juiz no arquivamento). Ali se cuidaria de exame superficial dos aspectos de definição do crime e de viabilidade da ação penal.

Outra, muito diferente, é o juiz avaliar as condições concretas e específicas da colaboração, o que já exigiria um aprofundamento no *conteúdo* das investigações e dos elementos informativos já colhidos. Não é por acaso que o art. 4º, § 6º, da própria Lei nº 12.850/13, afasta o juiz das *negociações realizadas entre as partes*.

Nem se venha com o argumento no sentido de que o acordo de colaboração constituiria *direito subjetivo* de quem se apresente com informações relevantes sobre a investigação. E que, assim, deveria o juiz *rejeitar* a acusação contra ele sob tal fundamento.

Ora, precisamos aceitar, de vez, que nem tudo em direito traduz um problema constitucional! A Constituição da República de 1988, evidentemente garantista, nem por isso desce a detalhes acerca de todos os espectros normativos dos processos judiciais, em geral, e do processo penal, em particular.

O Ministério Público e os advogados integram instituições essenciais à

administração da Justiça e devem suportar a responsabilidade de seu grau. A idoneidade das informações e/ ou dos elementos informativos apresentados por qualquer pessoa deve ser objeto de análise, primeiro, pelos órgãos da persecução, Polícia e Ministério Público, e, depois, pela defesa técnica. Se o Ministério Público parte legitimada para o exercício da ação penal em todas as suas dimensões, entender não ser cabível o acordo de colaboração, não caberá ao magistrado substituir-se a ele e decretar a impunidade absoluta dos fatos em relação ao colaborador, com a rejeição da acusação, como forma de forçar o *parquet* à propositura do acordo.

De outro lado, por ocasião da sentença condenatória – se condenatória for! – poderá o juiz aplicar os benefícios da colaboração (art. 4º) àquele que tenha contribuído eficazmente para as modalidades de proveito arroladas no aludido dispositivo legal (incisos I a V), a despeito da inexistência de formalização do acordo. O que existe é o *direito subjetivo* aos benefícios pela atuação eficaz e não o direito *ao acordo formalizado*.

Naturalmente que semelhante hipótese poderá ser de menor ocorrência, dado que a ausência da propositura do acordo poderá desestimular o agente colaborador a prestar tais informações. Mas, do ponto de vista legal, parece irrecusável a solução, consoante, aliás, o disposto no *caput* do art. 4º.

De mais a mais, esse é um risco inerente aos modelos processuais em que se afasta o juiz da fase de investigação, e em que, de modo especial, se aceita o regime de *negociação da pena*, que há de ter como protagonistas apenas as partes legitimadas, ou seja, o Ministério Público e a defesa.

Vejamos, ainda, outras questões de fundo procedimental e processual.

e.3.3) Ainda sobre o procedimento de colaboração

A norma contida no § 3º, do art. 4º, sugere que o curso do prazo prescricional será suspenso por até seis meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, a fim de se permitir a formalização do acordo e posterior oferecimento da denúncia.

Observe-se que o referido dispositivo fala também na suspensão do processo, para

a mesma finalidade (cumprimento das medidas de proteção). Ora, a paralisação da persecução contra os demais não faria o menor sentido! Assim, e se for possível, que se promova a separação dos processos, para que não haja prejuízo e prolongamento indevido de sua duração contra aqueles a quem não importará o cumprimento das medidas de colaboração.

Do contrário, como ficariam eventuais prisões cautelares já decretadas? Teriam prorrogados os respectivos prazos?

Naturalmente que não!

Em tema de privação cautelar da liberdade impõe-se o princípio da legalidade estrita e da excepcionalidade das coerções.

De se ver que a própria Lei nº 12.850/13 estabelece o prazo de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis excepcionalmente, para o término da instrução, quando houver réu preso (art. 22, parágrafo único).

Remanesceria, ainda, uma importante questão a ser resolvida.

Trata-se do alcance a ser dado ao quanto disposto no art. 4º, § 8º, que permite ao juiz a *recusa à homologação* do acordo, ou, com a redação dada pela Lei 13.964/19, a devolução às partes para sua *adequação ao caso concreto*.

É importante consignar ao propósito que os dissensos acerca do acordo de colaboração ostentam aspectos mais complexos que aqueles envolvendo *a suspensão condicional do processo e a transação penal*.

Ali, quando a recusa à propositura *da suspensão* é feita pelo Ministério Público, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que caberia a aplicação do art. 28, CPP, nos termos de sua Súmula 696. Já vimos, em linhas anteriores, que nos parece incabível a mesma solução no caso de recusa do *parquet* à propositura do acordo de colaboração.

O fato é que a recusa à homologação poderá trazer grandes transtornos ao processo, na medida em que o colaborador, sem a garantia da aplicação dos benefícios do acordo (redução ou substituição de pena, e/ou perdão judicial), poderá recuar de seus propósitos, ainda que a lei garanta a impossibilidade de valoração de

suas declarações contra ele (§ 10).

E pior.

Poderá o Ministério Público, em retaliação, deixar de oferecer denúncia contra ele. A consequência, grave, seria a absoluta impunidade daquele que se apresentou à colaboração, na hipótese de confirmação do não oferecimento da acusação pelo órgão de controle e de revisão do *parquet* (art. 28, CPP, e art. 62, LC nº 75/93, no âmbito do MPF). Uma espécie de *perdão ministerial*, por assim dizer.

Por isso, pensamos que em tais situações deveria o Ministério Público apresentar recurso em sentido estrito contra referida decisão (de não homologação do acordo). Embora não se trate de decisão que *rejeite* (não receba) a denúncia ou queixa, não restam dúvidas que haverá *rejeição* de iniciativa postulatória do órgão da acusação, a merecer a aplicação da norma contida no art. 581, I, CPP, por analogia. De fato, é possível traçar um paralelo com a rejeição de homologação do acordo de não persecução penal, que se sujeita a recurso em sentido estrito (XXV), pela similitude de fundamentos.

De outro lado, e ainda como desdobramento da norma legal que prevê a possibilidade de recusa à homologação, diz a lei que poderá o juiz devolver a proposta às partes para que a adequem às disposições legais. Suprimiu-se, portanto, e corretamente, a absolutamente inaceitável disposição anterior, que permitia ao próprio juiz realizar a adequação.

Não deve mesmo e não cabe ao juiz imiscuir-se em tais questões (o acordo de colaboração), diante de regular manifestação de iniciativa postulatória que se faria presente no caso concreto. Não cabe ao juiz modificar os termos do acordo, ainda que seja de sua competência – *unicamente por ocasião da sentença condenatória*! – a aplicação da pena, seja mediante a sua redução, sua substituição, ou, por fim, a aplicação do perdão judicial.

Ou bem ele recusa o acordo por entender ausentes os requisitos legais ou bem o homologa para todos os fins de direito.

Por último, há previsão de *retratação* do acordo, tanto pelo Ministério Público

quanto pela defesa (defensor ou o próprio réu), caso em que as provas autoincriminatórias não poderão ser usadas contra ele. A questão é: e contra os demais??

Sim, contra os demais as informações e documentos que tenham sido livremente apresentados pelo colaborador poderão perfeitamente ser utilizados e valorados, sempre a depender da respectiva idoneidade.

Assim, se o colaborador alterar seu depoimento em juízo, aquele outro prestado unicamente na fase de investigação não poderá ser analisado como verdadeira prova testemunhal. Ao contrário, nem se poderá falar em confissão, já que semelhante meio de prova há que ser produzido diante do juiz.

Relembre-se que em tal hipótese, de retratação, estaríamos a falar do *corréu* e não de testemunha, o que implicaria inegável alteração quanto ao significado e quanto à extensão da prova assim obtida.

De todo importante salientar que a Lei nº 12.850/13 assegura que *nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: medidas cautelares reais ou pessoais; recebimento de denúncia ou queixa-crime; e sentença condenatória* (art. 4º, § 16).

E mais.

A possibilidade de *retratação* por parte do Ministério Público há de ser vista com redobrada cautela e parcimônia.

Ora, sabe-se que a validade da colaboração está condicionada à respectiva eficácia. Assim, no caso de se comprovarem infrutíferas as informações e/ou a colaboração, sequer haveria que se falar em retratação do acordo, mas de sua ineficácia.

O que não se poderá aceitar é a retirada de direitos concedidos ao colaborador (medidas de proteção) por ato unilateral do Estado, ou seja, sem que o investigado ou réu (quando no processo) tenha dado causa à retratação.

Há, ainda, possibilidade de *rescisão* do acordo, em caso de omissão dolosa do colaborador sobre os fatos objetos da colaboração (§ 17º), ou se o colaborador não

cessar o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração (§ 18º).

Observamos, apenas, que não será "qualquer omissão" dolosa sobre os fatos que ensejará a rescisão do acordo. O esquecimento eventual de um fato – culpa – jamais poderá ensejar a rescisão. É que, uma vez homologado, deve-se tentar preservar ao máximo a validade do negócio jurídico, evitando-se rescisões por questões não graves, embora possam ter eventuais efeitos jurídicos. Desse modo, se houver omissões pontuais – mesmo que dolosas – que não sejam aferidas como de gravidade relevante poderá haver aí a justificativa para uma repactuação do acordo entre as partes, mediante a devida e nova homologação pelo juiz competente, com o agravamento das condições originariamente estabelecidas.

Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentou interessantíssima questão, relativa à *ordem de apresentação das alegações finais* nas ações em que há réu colaborador. A Corte entendeu, por maioria, que o colaborador premiado inequivocamente exerce função *acusatória*, muito embora, formalmente, sua posição processual seja de réu. Assim, os demais acusados devem se manifestar por *último*, ou seja, somente após a apresentação das alegações finais dos colaboradores, sob pena de ofensa ao contraditório e à ampla defesa. O legislador encerrou definitivamente a questão, ao incluir o § 10-A ao art. 4º da Lei, determinando que o réu delatado se pronuncie após o réu que o delatou *em todas as fases do processo*.

A questão não nos parecia complexa. A nosso sentir, a conclusão alcançada (HC 166.373/ PR, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes) é correta. Contudo, se não enxergamos dificuldades nos procedimentos ainda *em andamento*, há problemas quando se trata de ações *já sentenciadas*. Pelo teor dos votos vencedores, tudo indica que a questão será tratada como *nulidade*, de modo que as sentenças já proferidas deverão ser anuladas. Não objetamos o raciocínio no ponto em que se afasta a suposta necessidade de alegar a questão previamente. De fato, não há como defender uma hipotética "preclusão", visto se tratar de matéria de ordem pública.

Pensamos, porém, que a questão da existência – ou não – de *prejuízo* deveria ser analisada de forma individual. Não temos dúvida de que a *regra* deve ser a nulidade

das condenações, mas, excepcionalmente, nos parece possível, ao menos em tese, a manutenção de decisões quando não se identificar prejuízo aos réus condenados.

Entendemos que não haveria prejuízo ao réu apenas se o colaborador premiado, por ocasião de suas alegações finais, se limitar a repetir o tanto quanto dito em seu termo de colaboração. Noutro giro, haveria evidente prejuízo aos demais réus caso fosse mencionado algum fato novo, ou interpretação nova dos fatos, ou mesmo se qualquer *argumentação ou fundamentação acusatória* fosse apresentada. E o motivo é puramente lógico: o princípio do contraditório se orienta justamente pela dialética, o que inclui, a toda evidência, os argumentos e fundamentação ali expostos. Não há como negar a relevância do discurso na seara jurídica, de forma que a voz da defesa deve ser, indubitavelmente, a última a ser ouvida pelo julgador.

Por fim, há uma questão curiosa: nos casos em que um réu não colaborador simplesmente acusa um corréu em sede de alegações finais, surpreendendo a defesa – que não se manifestou a respeito, evidentemente –, deve ser aberto novo prazo para reapresentação de alegações finais? E se o processo já foi sentenciado, a condenação deve ser anulada?

Pensamos que não. O colaborador já assume, desde o início, a posição de acusador no processo, ao contrário dos demais réus, tanto é que sequer se defende das imputações, tendo, na verdade, o dever de corroborá-las. Ao contrário, normalmente um réu acusa outro como estratégia defensiva, de modo que apenas ocasionalmente exercerá função acusatória. Todavia, a questão é mesmo polêmica.

e.3.4) Dos direitos do colaborador e demais disposições pertinentes

A formalização do acordo de colaboração produz efeitos imediatos na proteção ao colaborador, desde a fase de investigação até o cumprimento efetivo da pena privativa da liberdade, quando não for o caso de aplicação do perdão judicial ou de substituição da privativa por restritiva de direitos.

São direitos do colaborador (art. 5º):

I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
IV – participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
V – não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
VI – cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Duas das hipóteses legais antes mencionadas avultam entre as demais, a saber: (a) o sigilo em relação à identificação do colaborador, e, (b) o direito às regras de proteção à testemunha, nos termos da Lei nº 9.807/99.

De longe a mais complexa, a norma contida no inciso II, do art. 5º, bate de frente com inegáveis limitações ao direito à ampla defesa assegurado constitucionalmente, dado que assegura a *preservação do nome e de informações pessoais* do colaborador, como excepcional medida de proteção.

Referida norma vem alinhada e em consonância com outra, relativa à distribuição do pedido de acordo de colaboração, consoante o disposto no art. 7º, Lei nº 12.850/13, no qual também se determina a manutenção de sigilo quanto ao conteúdo do acordo e quanto aos dados pessoais do colaborador, até o recebimento da denúncia.

A partir daí, recebimento da acusação, não mais se imporá o sigilo quanto ao conteúdo do acordo de colaboração, devendo-se observar, porém, a norma de preservação dos dados pessoais do agente (colaborador), segundo remissão expressa ao art. 5º, contida na parte final do citado art. 7º.

Enfim, seria possível a manutenção em segredo do nome do colaborador? E como fica a ampla defesa dos demais acusados?

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de *validar* a omissão do nome de *testemunha* ameaçada em processo envolvendo crimes de reconhecida gravidade, conforme decisão no julgamento do HC nº 99736-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres

Britto, j. em 27.4.10. Ali se reconheceu a constitucionalidade e também a excepcionalidade da medida de proteção prevista no art. 7º da Lei nº 9.807/99, que cuida, precisamente, da preservação do nome e dados pessoais do colaborador/testemunha/vítima sob ameaça.

A medida somente poderá ser aceita em casos excepcionalíssimos, diante do risco concreto e comprovado à integridade física do colaborador e/ou de seus familiares.

De todo modo, é preciso esclarecer, e bem, que a defesa dos acusados não estará impedida de confrontar as alegações feitas em tais situações. O termo de colaboração integrará os autos a partir do recebimento da denúncia e as afirmações ali consignadas poderão ser objeto da inquirição de outras testemunhas e do próprio colaborador, ainda que sem o contato visual com ele em audiência (art. 5º, IV).

De mais a mais, pode-se especular que, em se tratando de organização criminosa (quando, de fato, dela se tratar), a ausência de identificação dos dados pessoais do colaborador jamais será óbice para o seu conhecimento prévio pelos acusados. Quanto maior o número e a riqueza de detalhes narradas na colaboração e na *denúncia*, maior será a possibilidade de identificação de seu autor. A menos, é claro, que as informações sejam inteiramente falsas!

No ponto, relevante destacar a previsão do art. 4º, § 16, no sentido de que *nenhuma sentença condenatória* será proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador. Evidentemente! Tem-se aqui apenas a explicitação da reserva com que, em geral, devem ser recebidos os depoimentos de colaboração, como, aliás, ocorre rotineiramente em relação aos depoimentos de corréus. Aliás, com a nova redação da Lei 13.964/19, nenhuma *medida cautelar* será imposta com base exclusivamente na palavra do colaborador, e nem mesmo a denúncia será recebida se este for o único elemento que ampara a imputação.

A (correta) ampliação da limitação do uso *exclusivo* das palavras do colaborador encontra guarida especialmente nos precedentes do STF. De fato, sem *corroboração* de provas materiais, as *declarações* do colaborador não podem ser usadas contra os mencionados por ele para esses fins ora detalhados em lei.

Uma última questão, que foi extensamente debatida pelo Supremo Tribunal Federal

na Pet 7074 QO/DF, (Rel. Min. Edson Fachin, 21-22-28-29.06.2017), é a respeito da competência para homologar o acordo de colaboração premiada nos casos de ações penais *originárias*: seria do Relator ou do Plenário? Na ocasião, decidiu-se que cabe ao Relator a homologação do acordo, atestando a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, mas será o Plenário que decidirá, ao final, a sua eficácia e o cumprimento dos termos.

No ponto, fazemos coro ao voto vencido do douto Min. Ricardo Lewandowski, que apontou a precariedade da aferição da *legalidade* realizada pelo Relator – em sua visão, a decisão "precária" e "efêmera" estaria sujeita a recurso ao Plenário, que teria a competência de aferir em definitivo o aspecto da legalidade do ajuste. O voto vencedor menciona apenas a possibilidade de o Plenário analisar fatos supervenientes ou de conhecimento posterior que firam a legalidade.

Ora, não nos parece que a Corte tenha firmado o entendimento de que a "legalidade" da colaboração, quando atestada pelo relator, não pode mais ser questionada; se até a decisão do próprio Plenário, como se sabe, é sujeita a recurso (embargos infringentes), não há como se pensar em dar contornos imutáveis a uma decisão que não é sequer colegiada. A questão é outra. O que se depreende do julgado é que tal questão será analisada pelo Plenário *ao fim da instrução*, na mesma oportunidade em que ele se manifesta a respeito dos termos do acordo e de sua eficácia. O problema desta tese é que se a "legalidade" da colaboração estiver comprometida desde o início (e a homologação tiver ocorrido por mera desatenção do relator, ou houver, nas palavras do Ministro Lewandowski, "falha ou dados porventura não examinados na análise perfunctória da legalidade pelo relator"), o colaborador se verá privado dos prêmios entabulados mesmo se tiver cumprido religiosamente a sua "parte"!

Muito melhor seria, como propõe o Ministro, que se abrisse desde já o acesso recursal ao Plenário, a fim de evitar a criação, no colaborador, de expectativas que possivelmente já restarão frustradas desde então. Para além de prestigiar a boa-fé, que (deveria) permear todo o procedimento, tal prerrogativa abriria oportunidade para o *parquet* até mesmo ajustar os termos do acordo e enquadrá-lo à forma (agora

sim) legal, preservando assim a manutenção do ajuste.

Por fim, um interessante julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 151.605/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20.03.2018) ilustra alguns pontos que até então geravam controvérsia nos tribunais.

Julgou-se, ali, que quando o colaborador cita a participação, nos crimes delatados, de agentes detentores de foro por prerrogativa de função, não apenas deve haver remessa ao juízo competente para julgar aqueles agentes (que é o único apto a homologar o acordo), como também a competência *do órgão ministerial* deve seguir a mesma lógica. Ou seja, tomando-se como exemplo o caso concreto, é a PGR quem deve firmar o acordo, em se tratando de colaboração a ser homologada pelo STJ, não bastando a simples "confirmação" posterior por parte daquele tribunal, se desacompanhada da confirmação da PGR.

Ainda no tema e no mesmo julgado, apesar de se ter reafirmado a impossibilidade, em regra, de terceiros – notadamente os delatados, a quem o colaborador imputa a prática de crimes – impugnarem o acordo de colaboração (por se tratar de negócio jurídico personalíssimo), aquela Turma entendeu que tais indivíduos possuem legitimidade, excepcionalmente, quando a impugnação disser respeito à homologação realizada sem respeito à prerrogativa de foro.

Reputamos correta a interpretação da Corte, embora nos pareça que a regra então sedimentada deveria ser ainda mais flexibilizada, quando menos para permitir que os delatados se insurjam contra aqueles acordos de colaboração em que se alegue a manifesta violação do princípio da legalidade em matéria penal. Na linha do que vínhamos defendendo, o julgamento pelo STF dos HC 142.205/PR e 143.427/PR, ambos da relatoria de Gilmar Mendes e julgados em 25.08.2020, permitiu que os delatados questionassem o alegado *abuso* em acordo firmado pelo colaborador premiado, que teriam produzido elementos incriminatórios a partir de um cenário de acordos de colaborações "temerários e claramente questionáveis". Assim, no caso concreto, considerou válido o questionamento da aplicação de provas colhidas nos acordos.

f) Da ação controlada

As autoridades policiais responsáveis pela inadequadamente designada *polícia judiciária* têm o dever legal de apuração dos crimes de que tenham notícia, valendo-se para tanto da adoção de quaisquer diligências e providências necessárias ao cumprimento de seu *mister*.

Isso inclui, evidentemente, *o dever* de efetuar as prisões em flagrante, quando presentes as circunstâncias e os requisitos legais que as autorizam. Enquanto qualquer pessoa do povo *pode*, as autoridades policiais *devem* fazê-lo.

A ação controlada é atividade tipicamente de investigação, como estratégia para ampliar a coleta de elementos informativos, retardando o cumprimento de determinadas diligências, cuja realização imediata poderia reduzir o campo de informações necessárias à persecução penal mais eficaz de determinadas infrações penais.

O novo tratamento legislativo da questão traz uma curiosidade. Diz o art. 1º que a ação controlada consistiria no retardamento da intervenção policial *ou administrativa* na investigação. Teria a lei reconhecido, implicitamente, os poderes de investigação do *parquet?*

Sabe-se que, fora do âmbito policial, as autoridades administrativas que presidem investigações fazem-no no exercício do respectivo *poder de polícia* e não para a apuração de ilicitudes *exclusivamente* penais, tal como ocorre nas hipóteses de procedimentos fiscais, tributários, nas ações do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc.

As Comissões Parlamentares de Inquérito detêm autoridade para a promoção de investigações, com poderes, inclusive, mais amplos que as policiais, por força do disposto no art. 58, § 3º, da Constituição da República e da norma do art. 1º da Lei nº 13.367/16.

Já assentamos a capacidade e o poder de encetar diligências investigatórias deferidos em lei aos membros do Ministério Público, tudo de acordo e nos limites das respectivas leis orgânicas (Lei Complementar nº 75/93 e Lei nº 8.625/93 – MPU e

dos Estados, respectivamente), conforme exposto no item 4.2, Capítulo 4.

No entanto, pensamos que a norma contida no art. 8º da Lei nº 12.850/13 destina-se ou deve destinar-se exclusivamente à autoridade policial, única apta e devidamente estruturada para a investigação das organizações criminosas, consoante, aliás, se atesta pela interpretação mais sistemática da lei objeto dessas considerações. A expressão *intervenção administrativa* contida no mencionado dispositivo legal, art. 8º, parece-nos mais um excesso legislativo que qualquer outra coisa.

Tratando-se, então, de delitos praticados por meio de organização criminosa, agora já com definição de tipo penal específico, a ação controlada, isto é, o retardamento de providências normalmente *devidas* nos procedimentos de investigação, é medida de alta relevância para o esclarecimento da estrutura da organização, a divisão de tarefas eventualmente perceptíveis e comprováveis, bem como da identificação dos responsáveis.

A Lei nº 12.850/13 não foi a primeira a cuidar do tema.

Antes dela, tanto a Lei nº 9.034/95 (antiga lei sobre as organizações criminosas), agora expressamente revogada, quanto a Lei nº 11.343/06 (Tráfico de Drogas) cuidavam da ação controlada da atuação policial. No art. 53, II, da Lei nº 11.343/06, referida modalidade de investigação controlada exigia a autorização judicial para o retardamento das diligências cabíveis.

Explica-se: como se trata de *dever de atuação*, e como compete ao juiz o controle de legalidade da investigação, a *não atuação*, isto é, o não cumprimento do dever legal, haveria que estar justificado. Daí, a lei exigir a autorização judicial.

A Lei nº 12.850/13 parece mais flexível, provavelmente por se tratar, especificamente, de delitos praticados por meio de organizações criminosas.

Impõe apenas o dever de *comunicação* ao juiz acerca da adoção do procedimento de ação controlada, que, a seu turno, e, segundo a lei, *se for o caso* (art. 8º, § 1º):

a) estabelecerá os seus limites; e
b) comunicará de tudo o Ministério Público.

Ora, em verdade, *deverá* o juiz impor limites temporais e funcionais ao retardamento das ações policiais.

Os primeiros, temporais, a fim de que melhor se possa *renovar* o juízo de necessidade e de pertinência da ação controlada. Assim, findo o prazo, deverá a autoridade policial representar pelo seu prosseguimento, já, então, sob o controle judicial da medida.

Os segundos, que denominamos (arbitrariamente, é certo) *funcionais*, até dispensariam análise judicial, na medida em que nos referimos à necessidade de pronta intervenção da autoridade policial em situações de risco a bens jurídicos de maior relevo. É dizer, pode-se deixar de atuar em benefício da persecução, mas, por outro lado, não se pode fazê-lo com risco de danos concretos às pessoas ou aos seus bens. Do mesmo modo que a autoridade administrativa *não pode cumprir ordem manifestamente ilegal*, não deve também se omitir em casos que tais. São esses limites, parece-nos, que deveriam ser sempre impostos nas ações controladas.

E, é claro, de tudo se guardará sigilo, sobretudo nos autos da comunicação de retardamento da ação policial a ser feita ao juiz (art. 8º, § 2º). Até que se concluam as diligências justificadamente retardadas, como forma necessária para garantir o êxito das investigações, apenas o juiz, o delegado de polícia e o Ministério Público poderão ter acesso aos autos (§ 3º).

Nada mais óbvio, tendo em vista a natureza essencialmente acautelatória da medida, que, assim, pode se enquadrar como *diligências em andamento*, aptas a justificar a manutenção do sigilo.

Ao final, concluído o ciclo da ação controlada, será lavrado termo circunstanciado no qual se incluirão todos os detalhes da operação, dado que não se pode sequer pensar em procedimentos *em segredo* no âmbito do Estado de Direito.

Por fim, havendo necessidade de transposição de fronteiras – delitos transnacionais – será de rigor a observância das regras de cooperação internacional entre os países limítrofes, de modo a se evitar ou reduzir os riscos de fuga e perda dos produtos ou proveitos do crime (art. 9º). Não havendo tratado de cooperação, as

autoridades nacionais deverão contar com a autorização e o monitoramento daquelas do país vizinho.

Um último adendo: a Lei 13.964/19 alterou a Lei 9.613/98 (referente aos crimes de lavagem) e passou a prever a possibilidade de ação controlada para aqueles delitos, nos termos do § 6º do art. 1º. Igualmente, autorizou-se a *infiltração de agentes*, que será objeto de estudo no próximo tópico.

g) Da infiltração de agentes

Há pesquisas idôneas dando conta de que o antecedente histórico mais importante do *agente encoberto* seria o *agent provocateur*, associado a atividades de espionagens francesas, e que, entre nós, ficou conhecido como o agente provocador, presente em situações de flagrantes realizados a partir de sua intervenção (PEREIRA Flávio Cardoso. *Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios*. Lerner Editora, 2012, p. 358-359). Fácil perceber, e também ali, na citada obra, se reconhece, que as duas figuras são totalmente diferentes.

No Brasil, inicialmente, a infiltração de agentes foi prevista na Lei nº 9.034/95, com redação dada pela Lei nº 10.271/01 (antiga legislação das organizações criminosas, art. 2º, V, e na Lei nº 11.343/06 (Tráfico de Drogas, art. 53, I), do mesmo modo que a ação policial controlada.

Rejeitávamos a validade da medida com base em considerações de ordem *legal*, dado que não se previa qualquer forma de procedimento nas aludidas legislações e menos ainda acerca das consequências jurídicas dos atos de infiltração.

A Lei nº 12.850/13 tem a pretensão de suprir tais lacunas.

De nossa parte, porém, evoluímos para *rejeitar* a validade das normas ali contidas, por entendê-las excessivas e, por isso, inconstitucionais no horizonte normativo que deve obediência ao paradigma do Estado de Direito, e, ainda mais especificamente, como há de ser um controle de constitucionalidade que se preze – ofensa direta! – ao princípio da *moralidade administrativa* consagrado no art. 37, da Constituição da República, mesmo quando em *tensão* ou em *conflito* com o dever de

eficiência que, do mesmo modo, deve orientar as ações do Poder Público.

A questão é muitíssimo complexa, reconhecemos, sobretudo porque aqui estamos a apontar uma dimensão mais ampla do aludido princípio (da moralidade), estendendo-o ao dever de comportamento *segundo o direito*, em sentido estrito, rejeitando, assim, qualquer forma de contribuição estatal na prática de delitos, ainda que na tentativa de legitimação *segundo a nobreza dos fins*.

Eis, então, o nó (que não é *górdio*) de *tensão* hermenêutica a ser desatado.

A justificativa para ações tão perturbadoras – espera-se que ninguém negue a inquietação de termos agentes de polícia infiltrados no meio de tais estruturas organizadas – seria a *eficiência* no combate a essa criminalidade. E, mais que a eficiência, valor, por si só já considerável, a medida se mostraria, por vezes, *indispensável*. E a indispensabilidade, sim, levantaria argumentos de grande peso na solução da questão da validade ou não da infiltração.

Mas que teria que enfrentar, já à partida, um óbice de proporções gigantescas: Diz o art. 13, parágrafo único, que *não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa*.

Ou seja, sem meias palavras, como deveria ser mesmo, o legislador adianta a exclusão *permanente* da culpabilidade do agente nas ações realizadas dentro da organização criminosa.

Sim, porque se constitui crime *promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa* (art. 2º, Lei nº 12.850/13), todas as condutas do agente infiltrado estarão enquadradas, no mínimo, no tipo de integração de organização criminosa. Mas, com efeito, tal fato pode mesmo ser minimizado, enquanto a sua ação se limitasse a integrar a organização.

No entanto, a definição de tais grupos inclui a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, devidamente estruturadas e com divisão de tarefas, *com o objetivo da realização de crimes* cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional, conforme definição do art. 1º, § 1º.

Portanto, e para que seja útil a infiltração, o agente, em regra (não sempre, é verdade) deverá contribuir na prática de infrações penais. E aí, a exclusão prévia e permanente da culpabilidade soa paradoxal (e necessária!): *quando inexigível conduta diversa*.

Ora, mas veja-se bem: a inexigibilidade de conduta diversa, como regra, pressupõe situação da necessidade de conduta contrária ao direito, desde que não tenha sido criada voluntariamente pelo agente (a situação de necessidade).

No modelo legal de infiltração, o que a lei afirma *é o dever* de comportamento indevido (participação em delitos), como inexigibilidade de conduta diversa! Se o agente tem o dever de contribuir na ação criminosa, como lhe seria exigível outro comportamento?

Ainda que verdadeira a afirmação – que já fizemos – no sentido de que as leis não podem ser invalidadas pela *simples possibilidade abstrata* de abusos dos poderes públicos, a hipótese de infiltração de agentes não parece oferecer um juízo de *probabilidade* de abusos, mas de *necessidade* deles, dado que a própria participação no ilícito constitui, em si, ato abusivo. O que a lei quer fazer é dar *novo significado* a essa participação, provavelmente a partir da consideração de que o infiltrado, em regra, não estaria compelido *à execução direta* dos delitos praticados rotineiramente pela organização.

Nesse passo, teríamos a seguinte equação: quanto mais baixa a posição do infiltrado na organização, menor a possibilidade de sua participação direta nos delitos. E vice-versa.

Todavia, outra operação se impõe no mesmo plano lógico: quanto menor a participação do agente, menor a sua importância para fins de coleta de provas! E vice-versa, também! Ou seja, a indispensabilidade da atuação do infiltrado balançaria conforme o grau de exigibilidade de sua participação nos eventos.

Não podemos deixar de lembrar, especialmente no que diz respeito ao binômio necessidade/utilidade da medida de infiltração, que a legislação brasileira já contempla inúmeras alternativas tecnológicas de investigação (gravações ambientais,

interceptações telefônicas, de dados telemáticos etc.), que, se não se mostram ainda suficientes para o respectivo desiderato, tal fato não decorre da idoneidade ou da eficiência de tais métodos.

Ao contrário, e lamentavelmente, decorrem de posições jurisprudenciais sem lastro argumentativo consistente, nas quais se confundem conceitos básicos de Direito, particularmente no âmbito de anulações absolutamente indevidas e injustificadas de um sem-número de processos criminais. No particular, o Superior Tribunal de Justiça vem sistematicamente reduzindo a capacidade de eficiência investigatória, sob o pálio, em geral distorcido, de fundamentações pretensamente *garantistas*. E o que é pior: as anulações não se dirigem aos atos da polícia judiciária, mas às *decisões judiciais* que os autorizam, como se os juízes de primeiro grau fossem incapazes de avaliar a necessidade e a indispensabilidade das providências limitadoras das liberdades públicas. Confundem atos *ilícitos* com eventuais *error in judicando*, apresentando as mesmas consequências jurídicas a uns e outros. Já fizemos essa crítica no item 15.2 (Capítulo 15).

Entretanto, há outras considerações, evidentemente.

Ainda no plano da moralidade administrativa, a infiltração de agentes no interior de organizações criminosas abre espaço – e perigoso espaço – para a flexibilização dos juízos de *conveniência* de determinadas atuações, com a consequente e indevida ampliação do manejo da discricionariedade, a ser justificada por critérios preferencialmente *utilitários*. Como evitar o paralelo argumentativo a ser desenvolvido para o fim de legitimar comportamentos com base na perspectiva dos resultados finais dos interesses maiores da Administração Pública?

Do ponto de vista de uma política criminal em um país ainda em crescimento civilizatório, Brasil pós-1888, pensamos que a infiltração de agentes poderá produzir retrocessos visíveis *a priori*.

Parece-nos evidente que as organizações criminosas para as quais se pretende instituir a infiltração de agentes não são aquelas que efetivamente causam os maiores danos à sociedade brasileira. Para essas, talvez, as medidas de infiltração sequer seriam eficazes, tendo em vista o avanço e o alto grau de sofisticação de sua estrutura

criminosa. O alvo parece ser outro, mais empobrecido e, por isso, mais acessível e permeável a tais ações.

Não teríamos já conflitos suficientes nessa relação? Não teríamos já um diagnóstico bem claro da extensão do problema e das possibilidades de identificação de suas causas e consequências? Mais ainda, não teríamos já uma radiografia pronta e acabada dos núcleos de lideranças de tais organizações?

Todas as observações que vimos de fazer devem ser compreendidas no contexto de nossa realidade histórica atual. O mundo hoje não será o de amanhã, se tudo der um pouco certo!

Nossa rejeição à Lei nº 12.850/13, portanto, está vinculada às condições históricas de sua produção.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar a *inconstitucionalidade futura* de dispositivos legais, conforme decisão proferida no HC nº 70.514, j. 23.3.94, Rel. Min. Sydney Sanches. Tratava-se da norma que concedia o prazo recursal em dobro para a Defensoria Pública, ainda desestruturada país afora.

Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal afirmou a inconstitucionalidade *progressiva* do art. 68 do CPP, que teria sido recepcionado pela Constituição de 1988 somente até a instalação e regular funcionamento das Defensorias Públicas no Brasil (Recurso Extraordinário Criminal 147.776, Rel. Min. Pertence).

Sobre tais decisões, anota Gilmar Ferreira MENDES: *"Fica evidente, pois, que o Supremo Tribunal deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado de declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei"* (MENDES Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2012, p. 1415-1416).

Naturalmente, não é nesse sentido o que aqui se sustenta. Mas, a percepção que ora se defende pode ser entendida com a mesma base de fundamentação, embora sejam

radicais as diferenças quanto às consequências. Para nós, a infiltração de agentes, *no contexto histórico em que vivemos*, tendo em vista as considerações sobre o nosso sistema punitivo e o funcionamento de nossas instituições, viola, *agora*, o sentido e o significado essencial do princípio da moralidade administrativa.

Estamos mais para a possibilidade futura de *mutação constitucional*, isto é, de alterações no tempo quanto ao significado, o sentido e o alcance dos princípios constitucionais. Sobre as distinções entre a interpretação *construtiva*, a *evolutiva*, e, por fim, a *mutação constitucional*, confiram-se as lições de Luís Roberto BARROSO, em seu *Curso de direito constitucional contemporâneo* (2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130-131).

Importante salientar, porém, que tais medidas (de infiltração) são contempladas mundo afora, incluindo a nossa América do Sul. Consulte-se, por todos, a excelente e completa pesquisa desenvolvida sobre o tema por Flávio Cardoso PEREIRA, em tes de doutoramento na Universidade de Salamanca, publicada sob o título *Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios* (Editora Lerner, 2012), já aqui citada.

Naqueles estudos aponta-se a existência de inúmeros tratados e acordos internacionais legitimando a previsão de agentes encobertos (p. 372-375). O ilustre autor conclui pela legitimidade da diligência, desde que observadas, com rigor, as limitações inerentes às condutas portadoras de graus tão elevados de invasão à privacidade, e desde que absolutamente indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais da comunidade jurídica, exposta aos danos produzidos pelas mais recentes formas de criminalidade. Vale a pena conferir!

g.1)Do procedimento de infiltração

Postas as considerações acerca da (in)viabilidade constitucional da medida, vamos agora ao estudo dos procedimentos a serem adotados na infiltração.

Nesse sentido, devem ser reconhecidos os cuidados e as cautelas utilizadas pela Lei nº 12.850/13 no trato da matéria.

Para início, há de se aplaudir a ressalva expressa – ou, quando nada, o fato de ser expressa a ressalva! – quanto à limitação da infiltração de agentes apenas aos casos de (art. 10, § 2º):

a) infrações penais praticadas ou a serem praticadas por meio das organizações criminosas definidas no art. 1º;
b) quando a prova *não puder ser produzida* de outro modo ou meios disponíveis.

Em relação à primeira questão, importante assinalar que a exigência ali contida – apenas infrações penais praticadas por meio de organizações criminosas – é também vinculativa da previsão de infiltração de agentes prevista no art. 53, I, Lei nº 11.343/06, relativamente ao tráfico ilícito de entorpecentes. É dizer, somente seria possível a decretação judicial da infiltração se observados todos os requisitos contidos na Lei nº 12.850/13 (art. 10 ao art. 14), incluindo-se a existência (pressuposta) de organizações criminosas.

E, depois, que a medida somente poderá ser deferida quando se revelar o único meio de prova possível. Deve-se levar muito a sério essa advertência legal. Mais seriamente, aliás, do que ocorreu com a restrição prevista no art. 2º, II, da Lei nº 9.296/96, que trata das interceptações telefônicas.

Temos que reconhecer, então, que tais interceptações se tornaram um meio de prova muito mais frequente que se desejava. Uma coisa é a sua autorização no âmbito da investigação de organizações ou associações criminosas, quando a diligência se explica até bem facilmente, diante da complexidade e velocidade das operações do ilícito, sem falar no fato das sistemáticas ameaças às testemunhas e vítimas que ocorrem em tal ambiente. Outra, porém, é a sua banalização, para quaisquer infrações punidas com reclusão, mas cujos meios (outros) de prova estão também disponíveis.

Assim, a limitação expressa quanto à indispensabilidade da infiltração (art. 10, § 2º), com cores renovadas e mais definidas, há que ser bem recebida.

Naturalmente que o juízo acerca dessa indispensabilidade não será dos mais simples. E, por isso, espera-se que não seja ele o alvo preferido das anulações de

processos fundamentados em provas colhidas por essa via. Fora dos casos de abusos judiciais, o que se exige enquanto fundamentação judicial para o deferimento da medida é:

a) a presença de elementos indicativos da existência da estrutura da organização voltada para a prática de delitos, tal como definida no art. 1º, § 1º. Não se pode exigir a prova segura dessa realidade, até porque, se assim fosse, seria desnecessária a produção de quaisquer outros elementos informativos;
b) a insuficiência de outros meios de prova para a coleta de material comprobatório da organização. Deve-se observar, no ponto, que, por vezes, a comprovação da autoria ou da participação em organização criminosa não seja suficiente para esclarecer as circunstâncias acerca de sua estrutura, da divisão de tarefas e do *modus operandi* então utilizado; c) pensamos, então, que a infiltração deve ser *precedida* de outros meios de prova, ainda que igualmente invasivos, como as interceptações de comunicações telefônicas e de dados, eventuais buscas e apreensões, desde que também se atendam, em relação a eles, as exigências e demais requisitos legais. Nesse sentido é também a doutrina de Flávio Cardoso PEREIRA (*Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios*, cit. p. 778);
d) nas hipóteses de ação controlada, evidentemente, a deflagração de alguns meios de prova, como a busca e apreensão, por exemplo, ou de outras medidas cautelares, patrimoniais ou pessoais, poderá reduzir a nada os possíveis êxitos da investigação. Tais circunstâncias deverão ser abarcadas pela decisão judicial que determine a infiltração de agentes;
e) que seja fixado, desde logo o prazo para a realização da medida, atentando-se o magistrado para as necessidades apontadas na representação da autoridade e na manifestação do Ministério Público, quando não for dele próprio o requerimento (art. 10, *caput, §§* 1º e 3º);
f) observância das exigências do disposto no art. 11.

Aliás, o referido dispositivo legal (art. 11 da Lei nº 12.850/13) explicita a

essência da decisão judicial a ser proferida quando da representação (pelo delegado de polícia) ou do requerimento (MP), a saber,

a) a necessidade da medida, ou seja, a insuficiência de outros meios de prova;
b) o alcance da tarefa dos agentes, o que somente poderá ser objeto de *especulação*, até porque, em princípio, nada se saberá acerca do modo em que será *recebida* a infiltração *pela* organização criminosa;
c) o local, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas.

Na hipótese de já estar em curso eventual acordo de colaboração, tais informações poderão ser compartilhadas, até porque servirão de reforço ou de lastro indiciário mais consistente para legitimar a providência.

Quanto à formalização do procedimento, atente-se para o fato, óbvio, da necessidade de manutenção do sigilo quanto a tudo que disser respeito ao pedido (representação do delegado de polícia ou requerimento do *parquet*). A garantia do êxito das investigações e da integridade física do infiltrado assim o impõe.

Assim, o aludido pedido será sigilosamente distribuído, sem as informações que possam indicar a operação ou identificar o agente ou os agentes a serem infiltrados (art. 12).

Valem aqui as mesmas observações que fizemos relativamente à distribuição do acordo de colaboração. Ora, se ambos os pedidos pressupõem a existência de investigação regular – leia-se, inquérito policial –, já estará identificado o juízo competente para o exercício do controle de legalidade das medidas.

Para o fim de melhor controle da tarefa de infiltração, o juiz terá acesso ao relatório circunstanciado das ações até então desenvolvidas, tão logo se encerre o prazo determinado para as diligências (art. 10, § 4º).

De todo injustificável e mesmo inaceitável é a abertura ilimitada de prorrogações do prazo de infiltração, conforme estabelecido na regra do art. 10, § 3º.

É até razoável que estendam as interceptações telefônicas por tempo prolongado, quando devidamente identificada e existência de uma organização criminosa em

atuação, para o fim de melhor se esclarecer o nível de divisão de tarefas e graus de responsabilidade penal dos envolvidos.

Já a infiltração de agentes não apresenta as mesmas características, tendo em vista a atuação permanente que teria o infiltrado nas ações do grupo. Assim, ou bem a medida se mostra útil e proveitosa no prazo de 1 (um) ano, admitindo-se a razoabilidade de uma prorrogação, ou melhor será que se desista dela e se busque outros caminhos. Até mesmo para que se evite um maior nível de aprofundamento da intimidade do agente infiltrado com os membros da organização, o que reverteria em desfavor das finalidades legais.

Sim, é claro que o mundo dos fatos é imensamente complexo e, por isso, não reduzível às especulações da teoria. Mas, convenhamos, a infiltração de agentes, por definição, implica um tipo de imersão pessoal e de intimidade dentro da organização que se pode esperar que o prolongamento de seu tempo tenda a fragilizar as investigações, expondo o infiltrado a toda sorte de cooptação. Desaconselhável a mais não poder.

Assim, pode-se admitir a prorrogação do prazo de 6 (seis) meses por uma única vez, diante da irrazoabilidade intrínseca da ausência de limites do prolongamento da infiltração.

Por que uma e não duas prorrogações? Simples: estamos apenas a aceitar a *possibilidade de prorrogação* de um prazo – que já deveria ser fixo! – em seus limites mínimos. Como deve ocorrer, em regra, nas situações de normas que regulam a ingerência dos poderes públicos na vida privada.

Se várias prorrogações do prazo de 15 (quinze) dias para as interceptações telefônicas se justificam,

a) pelo erro legislativo na escolha dos limites, tendo em vista a manifesta insuficiência do limite legal contido na respectiva legislação (Lei nº 9.296/96, art. 5º); e,
b) pela notoriedade desse meio de prova, a demandar maiores esforços para a respectiva eficácia, de outro lado, *apenas uma prorrogação* já nos parece

suficiente para se comprovar a utilidade da infiltração de agentes.

Tudo o que estamos a dizer, evidentemente, pressupõe o reconhecimento *da constitucionalidade* da medida, com o que, como vimos, não estamos de acordo. Todavia, isso não nos impede (e nem poderia!) de discutir a lei no plano de sua validade.

De volta ao procedimento, dispõe a lei que as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, facultando-se o acesso a elas à defesa, mas preservada a identidade do agente (art. 12, § 2º).

Deve-se acrescentar, no ponto, que, como o infiltrado não pode ser considerado partícipe ou coautor dos delitos imputados aos membros da organização, como, ao contrário, ocorre com o colaborador, não deve constar na denúncia qualquer alusão à sua atuação, a fim de ampliar as regras de proteção a ele.

Certamente por isso prevê a lei que, havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada, mediante requisição do Ministério Público ou pelo próprio delegado de polícia, com ciência ao juiz (art. 12, § 3º).

Todavia, o fato é que a ausência de imputação ao infiltrado possivelmente permitirá a sua identificação por aqueles com os quais convivia ou atuava, colocando em risco a integridade física dele e de seus familiares, evidenciando, ainda mais, o quão problemática pode ser a adoção da infiltração de agentes.

Já adiantamos a questão da culpabilidade do agente infiltrado, quando de sua necessária atuação na organização, dispondo o art. 13 da Lei nº 12.850/13 que ele deverá *guardar proporcionalidade na sua atuação*, respondendo pelos excessos praticados. Questões administrativas, ao que se vê.

Pois, logo adiante, no dispositivo seguinte (parágrafo único, art. 13), o legislador parece ter se arrependido, ao esclarecer que *não será punida a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa*.

De novo o paradoxo da infiltração: qual conduta é exigível do agente policial? A

organização exige que ele atue *para a prática de delitos*, enquanto o Estado dele espera um comportamento heroico, de neutralidade em relação ao crime. Mas, apenas quando possível, veja-se bem! Quando ele, por dever de *ofício* (na organização, é claro), tiver que executar algum ato na cadeia das condutas configuradoras de crimes, estará *previamente exculpado*.

O infiltrado, portanto, tem dois deveres *originários* opostos: o de atuar *em favor dos delitos* e o de colher elementos que demonstrem a prática de tais crimes. Mas, pode surgir outro *dever*, agora *derivado:* o de executar, em algum nível, o delito, quando então não haverá contraposição de deveres: tanto a organização criminosa quanto o Estado esperam dele semelhante comportamento!

Há que ter cuidado na luta contra a violência, pois o terror pode estar dos dois lados.

Por fim, o art. 14 arrola os direitos do infiltrado:

São direitos do agente:

I – recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II – ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III – ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

É o mínimo! Se chegarmos a tal ponto, terá faltado a promessa e o encargo estatal de providenciar um novo trabalho e residência para ele e sua família, em condições semelhantes àquelas anteriores à infiltração.

Recentemente, com o inexorável avanço tecnológico, o legislador alterou a Lei 12.850/13 (organizações criminosas), nos arts. 10-A, 10-B, 10-C e 10-D (con

modificação da redação também do parágrafo único do art. 11), que tratam especificamente da *infiltração virtual*. Esta modalidade de infiltração segue basicamente as mesmas regras da *comum*, com algumas poucas peculiaridades, como, por exemplo, a limitação de 720 dias para a prorrogação da medida.

Em relação aos requisitos, o art. 10-A deixa clara a similitude em relação às demais técnicas investigativas previstas na lei, notadamente à "infiltração comum": deverá ser para hipóteses de investigar crimes praticados por organizações criminosas (inclusive os conexos a eles), desde que demonstrada sua necessidade (a *imprescindibilidade* nos soa como o termo correto), indicando-se ainda o alcance das tarefas dos agentes, os nomes ou apelidos dos investigados e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas (v.g., o IP – *Internet Protocol* – dos equipamentos que são utilizados pelos investigados, normalmente em ambientes conhecidos como *dark web*).

Para evitar maiores questionamentos judiciais sobre os procedimentos (que já não são poucos, aliás), a lei também cuidou de *conceituar* algumas de suas expressões – desde já se consignando que essas previsões não podem ser lidas de forma exclusiva e exaustiva, pois a realidade do mundo fático sempre nos trará situações que demandam a devida contextualização. Assim, tem-se que são: (a) *dados de conexão*, as informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de IP utilizado e terminal de origem da conexão (§ 1º, I); (b) *dados cadastrais*, as informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão (porque a instalação da conexão pode estar em nome de *terceiros* que não o próprio investigado).

Novamente a semelhança de requisitos (que, se não atendidos, ensejarão a nulidade da prova, § 7º do art. 10-A): (a) não pode haver decisão do juiz acaso formulada representação pela autoridade policial sem *prévia* manifestação do Ministério Público (§ 2º do art. 10-A); (b) indicação de que não há outros meios necessários e igualmente eficientes para a obtenção das provas pretendidas (§ 3º do art. 10-A); c) a infiltração poderá ser por *até* 6 meses, permitidas renovações

sucessivas, desde que devidamente fundamentado, existindo, aqui, um limitador máximo de 720 dias (dois anos, aproximadamente) – § 4º do art. 10-A.

O procedimento deve ser necessariamente sigiloso (com acesso durante a operação restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, se não for investigação efetivamente exclusivamente pelo *parquet*) e as informações acerca da operação devem ser encaminhadas *diretamente* ao juiz competente.

De forma um pouco diversa do que previsto no parágrafo único do art. 13 (quando se reconhece a não punição do agente por *inexigibilidade de conduta diversa*), o art. 10-C assenta que "não comete crime" o agente policial que oculta sua identidade para colher indícios de autoria e materialidade dos crimes na internet, mas que poderá responder pelos excessos quando deixar de observar a estrita finalidade da investigação (parágrafo único do art. 10-C).

Uma vez que for concluída a investigação, todos os atos eletrônicos (porque se trata de *infiltração virtual*) praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, com relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas (preocupação também aqui com a cadeia de custódia das provas). Esses dados devem estar em autos apartados e apensados ao processo criminal (com vista à defesa depois que não mais houver a possibilidade de prejuízo para as investigações), preservando-se sempre a identidade do agente infiltrado e também a intimidade dos envolvidos (art. 10-D e parágrafo único).

Por fim, a possibilidade de inclusão em banco de dados próprios (sempre de forma sigilosa e mediante ordem judicial) das informações necessárias à efetividade da identidade (fictícia) criada para o agente infiltrado (parágrafo único acrescido ao art. 11).

Aponte-se que este regramento é bastante similar à *infiltração policial na internet* prevista nos arts. 190-A a 190-E do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90), como veremos em tópico específico mais adiante. Remetemos o leitor ao ponto, onde faremos nossas considerações sobre esta nova modalidade de medida

investigativa.

h) Observações e alterações processuais

Não restou muito a dizer nesse pequeno tópico. Nada, aliás, que não tenha sido tocado nos anteriores.

Sobre a fase de investigação, relevante salientar a necessidade, como regra, de decretação de sigilo nas investigações, a fim de se preservarem os interesses da persecução e dos investigados, no que toca à possibilidade, sempre e tragicamente presente, de divulgação de fatos e nomes pela imprensa (art. 23).

Nada obstante o sigilo, a defesa terá acesso aos elementos de prova já colhidos, desde que não implique prejuízo à diligência e meios de obtenção de prova ainda em andamentos. Burocrática, mas cuidadosamente, diz a lei que referido acesso dependerá de autorização judicial, o que não há de causar tanta perplexidade, na medida em que cabe a ele o controle de legalidade das investigações e a apreciação acerca da necessidade do sigilo.

Há salutar explicitação da intervenção do defensor ainda na fase de investigação, quando houver de ser ouvido o investigado, se assim ele quiser (relembre-se do direito ao silêncio). Ele poderá ter acesso a todo o material informativo já colhido, ainda que sigiloso, feita a ressalva anterior, com prazo mínimo de 3 (três) dias de antecedência, prorrogáveis a critério da autoridade de investigação (art. 23, parágrafo único).

Ora, ao que parece, a regra do parágrafo único parece se pôr como exceção àquela do *caput* do art. 23, no sentido de prescindir de autorização judicial para o acesso às provas, na hipótese de inquirição do investigado. É que, nesse caso, ao designar a aludida diligência, a autoridade policial já teria uma visão mais ampla sobre os elementos de prova e sobre a necessidade de preservação do sigilo.

De outra sorte, afirma a lei que o rito processual a ser adotado em relação *aos crimes* ali previstos – e não só aquele de organização criminosa propriamente dito – será o do procedimento comum, como, aliás, não poderia deixar de ser.

Cabe considerar, porém, que a Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, que cuida da lavagem de dinheiro e ativos, estabelece a primazia *territorial* da competência do juízo competente para a apuração de tais delitos (de lavagem), quando em conexão com os crimes antecedentes (aos de lavagem), conforme disposto no art. 2º, II. E um desses crimes poderia ser aquele atinente à participação em organização criminosa (art. 2º, Lei nº 12.850/13), com o que a unidade de processos poderia ser determinada pelo juiz responsável pela lavagem de dinheiro e ativos. Nesse ponto, a Lei nº 12.850/13 não parece infirmar ou alterar essa regra.

Estipula-se que o prazo para encerramento da instrução criminal não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso. Referido prazo poderá ser prorrogado por igual período, por decisão fundamentada, desde que se possa constatar a complexidade da causa ou a prática de atos procrastinatórios atribuíveis aos réus (art. 22).

E nesse prazo já estará *embutido* aquele (prazo) destinado à prisão temporária (Lei 7.960/89).

No item 11.1, ao tratarmos das medidas cautelares pessoais, tentamos demonstrar que a construção jurisprudencial que se formou no sentido de se obter um limite temporal para a duração razoável do processo, quando preso o investigado/processado, não levava em conta o prazo de prisão temporária, computando apenas, na somatória geral dos prazos procedimentais, aquele reservado ao encerramento do inquérito, quando preso em flagrante ou preventivamente o agente.

Semelhante conclusão veio a ser obtida em razão: (a) da ausência de regulação específica da matéria no CPP; e, (b) pelo fato de a Lei nº 7.960/89, da prisão temporária, ser posterior ao CPP; (c) da Lei nº 9.034/95 (já revogada) não ter feito qualquer operação aritmética sobre a duração da instrução criminal, limitando-se a reproduzir o prazo de 81 dias construído pela jurisprudência.

Mesmo após a Lei nº 11.719/08, que promoveu grandes alterações nos procedimentos no CPP, nada se modificou relativamente à definição de um prazo máximo para a duração do processo nos casos de prisão cautelar.

A Lei nº 12.850/13, ao contrário das anteriores, parece resolver a questão, limitando ao máximo de 120 (cento e vinte) dias o prazo para a conclusão da instrução, isto é, da data da prisão até o final da produção de provas, qualquer que seja o fundamento ou a natureza da cautelar privativa da liberdade.

As exceções são aquelas de praxe, já reconhecidas na jurisprudência e pela boa doutrina: (a) complexidade da causa, a ser aferida, ou pela quantidade de réus, ou pelo número de infrações a eles imputado, ou, ainda e enfim, pelas duas coisas, aliadas à natureza das infrações e às dificuldades probatórias a elas inerentes; (b) pela prática de atos protelatórios que possam ser atribuíveis unicamente aos réus. Em tais situações, o prazo poderá ser prorrogado pelo mesmo período (art. 22, parágrafo único).

14.7.9 Crimes de lavagem de dinheiro e ativos (Lei nº 9.613/98 com redação dada pela Lei nº 12.683/12)

A Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, com vigência imediata a partir do dia seguinte (da publicação), promove relevantes alterações na Lei nº 9.613/98, a começar por aquelas de natureza penal.

Com efeito, enquanto a legislação anterior se referia ao *crime* antecedente, a Lei nº 12.683/12 modifica o art. 1º, para esclarecer que o delito de lavagem de dinheiro (ocultação, dissimulação etc.) se configurará em relação à destinação dos proveitos obtidos em qualquer *infração penal* antecedente, seja ela crime, seja contravenção. Mudança radical, como se vê.

Naturalmente, a lei não torna *crime* o que era e continua a ser *contravenção!* O que se altera é o fato de que, a partir da vigência da Lei nº 12.683/12, as contravenções penais poderão ser consideradas como o *antecedente* para a tipificação do crime de lavagem.

E se isso faz sentido em relação, por exemplo, ao *jogo do bicho*, que movimenta grande volume de dinheiro, produzindo também grandes fortunas e, infelizmente, inúmeros delitos, praticados para a *manutenção do sistema*, já para outras

contravenções, sem a dimensão econômica das apostas, a capitulação da lavagem soará como excesso incontrolável. De se lembrar que a pena do crime de lavagem é de 3 (três) a 10 (dez) anos, enquanto as contravenções, como regra, têm sanção máxima em torno de 1 (um) ano, chegando, em pouquíssimas hipóteses, a 2 (dois). O regime penitenciário ali (Lavagem) é de reclusão; aqui (Contravenções), de prisão simples.

A punição da ocultação, da dissimulação e das demais condutas que caracterizam o crime de lavagem somente se legitima quando o dinheiro e os valores obtidos na ilicitude penal são introduzidos (dissimulada ou clandestinamente) na atividade produtiva lícita. Assim, o desvalor da ação (de lavagem) não pode ser considerado como extensão da infração penal *antecedente*, mas como gerador, de per si, de novos danos às atividades de produção, em prejuízo evidente àqueles que operam exclusivamente no campo da licitude. Censurável também porque a introdução do proveito da infração penal na atividade econômica e financeira pode *mascarar* a prática de inúmeros delitos de outra natureza, mas igualmente danosos.

Houve também agravamento das hipóteses de aumento de pena no caso de condutas (de lavagem) cometidas de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. Pela atual regra a citada causa de aumento incidirá em todas as hipóteses art. 1º.

No que toca às disposições processuais penais as mudanças nem são tão relevantes assim.

Merecem, contudo, maiores cuidados:

a) embora o atual art. 2º, I, da Lei nº 9.613/98 (com a redação dada pela Lei nº 12.683/12), se refira ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, cabe objetar que o nosso CPP, desde o ano de 2008, com a Lei nº 11.719, não mais classifica os ritos segundo a natureza do regime penitenciário (reclusão, detenção). O art. 394, CPP, com efeito, divide o procedimento comum em ordinário, cabível para os crimes com pena igual ou superior a 4 (quatro) anos, sumário, para os delitos cuja sanção máxima seja inferior a 4

(quatro) anos, e sumaríssimo, cabível para as infrações de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95);

Vê-se, portanto, que o rito procedimental para os delitos de lavagem é o ordinário.

b) competirá ao juiz competente para o crime de lavagem o juízo de conveniência acerca da reunião de processos, entre os aludidos delitos e as infrações penais antecedentes (art. 2º, II). E isso mesmo na hipótese em que o antecedente for contravenção penal. No ponto, a lei se mostra compatível com o art. 60, da Lei nº 9.099/95, que ressalva a possibilidade de afastamento da competência dos Juizados nas hipóteses de conexão e de continência;

c) a competência da Justiça Federal é ratificada, reproduzindo-se parcialmente a norma constitucional do art. 109, IV e VI, CF, além das regras gerais da jurisdição federal (art. 2º, III, *b*). Se a antecedente for uma contravenção penal não se afirmará a competência federal, conforme vedação contida no inciso IV, do art. 109, CF; d) autoriza o processo pelo delito de lavagem ainda que extinta a punibilidade da infração penal antecedente, ou desconhecido ou isento de pena o respectivo autor;

De ver-se, em tal situação, que toda a matéria de fundo que deveria ser enfrentada no processo antecedente será devolvida ao juiz competente para o julgamento do crime de lavagem, na medida em que a decisão de extinção da punibilidade, ainda que considerada de mérito, não aprecia efetivamente os fatos ali imputados.

e) nas hipóteses de citação por edital, não se aplicará a regra do art. 366, CPP (suspensão do processo e do prazo prescricional). Essa previsão já se continha na redação originária da Lei nº 9.613/98. No entanto, com a superveniência da Lei nº 11.719/08, sempre defendemos que também a legislação de lavagem deveria ser atingida pela norma do art. 366, parágrafo único, CPP, a determinar a suspensão do processo.

No entanto, a *reiteração* da norma na Lei nº 12.683/12 – que, evidentemente, é posterior àquela de nº 11.719/08 – reintroduz a velha regra, no sentido de se afastar a

aplicação do art. 366, CPP. É dizer: nesses procedimentos (de lavagem), a citação por edital não impedirá o curso do processo, devendo ser designado defensor ao acusado que não constituir advogado. Remetemos o leitor às considerações que fizemos no item 12.1.4.*a* deste Curso.

E, antes de examinarmos a matéria atinente às medidas assecuratórias, que receberam visível ampliação na regulamentação dada pela Lei nº 12.683/12, cumpre examinar as atuais disposições do art. 17 da Lei nº 9.613/98 (Referido dispositivo foi revogado pela Lei 13.974/20), que receberam a companhia do art. 17-A, B, C, D e E.

Um deles chama a atenção pelo alto grau de autoritarismo.

Com efeito, diz o art. 17-D que "*em caso de indiciamento do servidor público, este será afastado, sem prejuízo da remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno*".

Em primeiro lugar, estamos a nos referir à hipótese de investigação que aponte na direção de servidor público eventual responsabilidade penal pelo crime de lavagem de dinheiro. Já aqui, deve ser esclarecido: não se refere a norma à participação na infração penal antecedente e sim no delito de lavagem. Assim, o juiz competente para determinar o "retorno" à função seria o juiz criminal competente para apreciar o aludido crime.

No entanto, e já em segundo lugar, parece-nos rematado absurdo o conteúdo do citado dispositivo legal! Inválido e inconstitucional a mais não poder!

A Constituição da República, solenemente ignorada nesse ponto, garante que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Não constitui esforço algum chegar-se à conclusão de que essa garantia constitucional abrange todos os atributos juridicamente relevantes que integram o patrimônio *geral* da pessoa de direitos. E isso inclui, à evidência, o exercício de cargo ou função pública! A referência expressa à *liberdade* e aos *bens* não exclui, de maneira nenhuma, os direitos subjetivos de outra natureza, mas de idêntica dimensão. Constituem ambos apenas a explicitação de *alguns* dos vários elementos que compõem o conjunto de direitos subjetivos e os atributos da personalidade.

Por isso, ou, já por isso, impensável que se atribua tamanha relevância ao ato de *indiciamento* de algum investigado. De lembrar-se que ele, o indiciamento, significa apenas o juízo de valor da autoridade policial acerca da participação (e/ou autoria) de alguém no fato em apuração. Nada mais.

Assim, e sobretudo porque sequer se realiza o contraditório e a defesa mínima na fase de inquérito policial, pode-se afirmar, com total segurança, que o procedimento de investigação não se enquadra como o *devido processo legal* para a privação de bens e direitos individuais! Inconstitucionalidade manifesta!

Se houver a necessidade de afastamento do servidor, *para finalidades acautelatórias* da investigação ou do processo, dispõe a legislação – acessível também à autoridade policial, mediante *representação* – de medida cautelar pessoal específica, que dependerá, como se sabe, de *ordem judicial expressa e fundamentada* (art. 319, VI, CPP). Afastamento compulsório de servidor, pelo fato da investigação e do indiciamento, traduz retrocesso de quase um século nas relações entre o Estado e seus cidadãos.

Outro dispositivo que poderá causar alguma perplexidade diz respeito ao art. 17-B, que autoriza o Ministério Público e a autoridade policial a terem acesso, exclusivamente, *aos dados cadastrais* do investigado, relativamente à *qualificação pessoal, filiação e endereço*, que constem da Justiça Eleitoral, das empresas telefônicas, das instituições financeiras, dos provedores de Internet e das administradoras de cartão de crédito. Tudo isso sem a autorização do juiz.

Em relação ao Ministério Público, sempre sustentamos a possibilidade desse acesso, independentemente de ordem judicial. A legislação orgânica do *parquet*, seja a federal, seja a estadual, permitem essa conclusão. E, mais. As informações tornadas acessíveis pela lei àquelas autoridades, à exceção do *endereço*, não tangenciam de modo significativo a privacidade, a intimidade e a imagem da pessoa. Visam apenas a sua *identificação*, e tal como fornecida pelo interessado aos órgãos e entidades mencionadas no art. 17-B. Confira-se, ao propósito, decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a legitimidade do acesso às informações constantes de aparelho celular pela autoridade policial, relativamente às ligações então realizadas

(HC nº 91.867, 2ª Turma, unânime, 24.4.2012).

Evidentemente, estamos nos referindo ao acesso às referidas informações se e enquanto requeridas no curso de regular procedimento investigatório. E que tenha por objeto a apuração de crimes de lavagem de dinheiro. Não se trata de norma de conteúdo geral, aplicável a quaisquer investigações. Fosse o caso, a alteração estaria no próprio CPP. De fato, a Lei nº 13.344/16 efetivamente modificou o Código de Processo Penal, introduzindo os arts. 13-A e 13-B, sendo que o primeiro deles reproduz quase de maneira idêntica a norma em questão. Ainda assim, este acesso direto na investigação só será possível nos crimes envolvendo a privação de liberdade da vítima, tal como constam no rol do novo dispositivo (e nos crimes contidos na Lei de Lavagem, por óbvio, e também quando se tratar de organização criminosa, cuja legislação regente também prevê esta possibilidade – como veremos a seguir). O procedimento trazido pela nova Lei será detalhado em item separado, mais adiante. Seja como for, são justamente essas excepcionalidades – somente alguns crimes específicos – que podem justificar a validade da medida.

As demais introduções legislativas na Lei 9.613/98 – art. 17-A, C e E – não oferecem qualquer dificuldade, limitando-se a definir regras de movimentação de informações, além da aplicação subsidiária do CPP.

Em relação às medidas assecuratórias, houve significativas mudanças.

Observe-se, por primeiro, que poderá o juiz, de ofício, ou a requerimento do MP ou por representação da autoridade policial (caso em que será ouvido o MP, em 24 horas), decretar *medidas assecuratórias* de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ainda que existentes em nome de terceiros (a lei fala em interpostas pessoas).

Para variar, a legislação brasileira ignora os mais elementares princípios do processo penal moderno. O juiz não é o *senhor* da persecução penal. Suas altíssimas e relevantes funções não são compatíveis com a defesa de interesses preferencialmente acusatórios. Julgamos inválidas todas as normas que permitem ao magistrado a decretação de quaisquer cautelares *de ofício*, se na fase de *investigação*. Nessa fase, de inquérito policial ou de outra espécie de investigação administrativa, o

juiz sempre deverá atuar como *juiz das garantias individuais*, zelando pela correta aplicação da lei e da tutela dos interesses da administração da justiça.

De modo que não se deve aceitar a iniciativa judicial, de ofício, da decretação das medidas assecuratórias. Tanto poderão provocar o magistrado nessa fase o Ministério Público quanto a autoridade policial, responsáveis diretos pela persecução penal. Inconstitucionalidade manifesta e que não temos dúvidas que será reconhecida nos tribunais.

Como se sabe, o sequestro é a medida assecuratória destinada a apreender e dar destinação aos bens imóveis ou móveis que constituam o proveito ou o produto de infrações penais. O art. 4º parece ampliar o conceito de sequestro para estendê-lo também a quaisquer valores e/ou direitos, desde que constituam proveito ou produto de crimes. Todos eles, bem como os instrumentos do crime, sujeitam-se à pena de perdimento, como efeito da condenação, nos termos do art. 91, II, CP. E mais ainda. Tanto poderão ser apreendidos os bens produtos do crime antecedente quanto o do delito de lavagem em apuração e/ou processo.

E, ao contrário da regra do art. 91, II, CP, a perda dos valores apurados na alienação dos bens e direitos antes mencionados não será sempre em favor da União. Nos casos de crimes da competência da Justiça Estadual, a destinação dos valores objeto de perdimento será em favor do respectivo Estado (art. 4º-A, § 5º, I, Lei nº 9.613/98). Observe-se, porém, que semelhante regra diz respeito apenas ao perdimento de bens nos procedimentos de crimes de lavagem (incluindo o crime antecedente). Nos demais, se aplicará a regra do Código Penal (perdimento em favor da União).

No entanto, não só em relação aos bens que constituam proveito ou produto da infração se poderá adotar a aplicação de medidas assecuratórias. Do mesmo modo, e para finalidade diversa, isto é, para reparação do dano causado pelo crime de lavagem ou pelo seu antecedente e para o pagamento de prestação pecuniária (em caso de condenação), multa e custas processuais, serão também possíveis o *arresto* e a *hipoteca legal*, consoante os termos do art. 4º, § 4º, Lei nº 9.613/98 (c/ Lei nº 12.683/12).

Diz a lei, ainda, que idênticas medidas poderão ser adotadas também em relação aos crimes praticados no exterior, desde que exista tratado ou convenção internacional nesse sentido, ou que seja garantida a reciprocidade de tratamento entre os países envolvidos (art. 8º, § 1º). No caso de apreensão de bens ou valores realizados por solicitação de autoridade estrangeira, os recursos provenientes da alienação serão repartidos em partes iguais entre o Brasil e o Estado requerente, na ausência de estipulação específica em tratado ou convenção internacional (art. 8º, § 2º).

E como a legislação geral, o CPP, já também prevê a alienação antecipada em caso de risco de deterioração ou depreciação, e, ainda, em caso de dificuldade da manutenção do bem, conforme art. 144-A, introduzido pela Lei nº 12.694/12 (com vigência prevista para 23 de outubro), a redação dada pela Lei nº 12.683/12 à legislação de lavagem de dinheiro seguiu a mesma trilha (art. 4º, § 1º). E fazemos a mesma objeção à medida, no que toca à alienação sob o fundamento de dificuldades de manutenção do bem apreendido. Ver, no ponto, as observações contidas no item 8.5.5.

Os procedimentos de apreensão e de destinação das medidas assecuratórias (sequestro, arresto e hipoteca), em regra, serão aqueles previstos no CPP, excetuados os casos de alienação antecipada, na conformidade com a minudente regulação da matéria no art. 4º-A e seus diversos parágrafos e incisos. Mantidos, portanto, os embargos ao sequestro (art. 129, CPP), e, do mesmo modo, em se tratando de hipoteca ou arresto – hipótese em que a apreensão tem o objetivo de garantir a recomposição do dano – o oferecimento de caução pelo acusado/ investigado, poderá sobrestar a medida (art. 135, § 6º, CPP).

E no aludido dispositivo legal (art. 4º-A), para além das disposições acerca da alienação mediante *leilão*, acerca também da avaliação dos bens e da proibição de adjudicação (pelo vencedor) do bem em valor inferior a 75% do preço avaliado, bem como da autuação em separado do pedido (de antecipação), consta a previsão no sentido de que serão recebidos unicamente no efeito devolutivo eventuais recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso da alienação antecipada (art. 4º-A,

§ 9º).

Ora, o recurso cabível contra a decisão que resolve definitivamente os processos incidentes, incluindo as medidas assecuratórias, é a apelação, na medida em que se trata ali de sentença resolutiva do mérito (do incidente!). Haveria recurso também para a decisão acerca da alienação antecipada? Pensamos que não, pelo menos expressamente. Nada impede, porém, que se admita o recurso em sentido estrito, que, há muito tempo, nada tem ou deve ter de tão estrito assim. No entanto, como a lei não admite o efeito suspensivo do recurso (art. 4º-A, § 9º), restará ao interessado apenas a impetração de mandado de segurança, para fins de obtenção de liminar suspensiva da alienação.

Por fim, no caso de condenação, o juiz decretará a perda dos valores depositados (quando houver alienação antecipada) ou dos bens apreendidos, bem como daqueles (bens) não reclamados no prazo de noventa dias, ressalvado, sempre, o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé (art. 4º-A, § 10). E a perda será em favor da União, nos casos de competência da Justiça Federal, e dos Estados, nas hipóteses de exercício da jurisdição estadual (art. 7º). Prevê, ainda, como efeito da sentença condenatória, a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

Aliás, de registrar-se a alteração, para pior, da norma que já previa a liberação total ou parcial de bens, direitos e valores apreendidos quando comprovada a licitude de sua origem (art. 4º, § 2º). Diz a lei, então, que serão mantidos (apreendidos) aqueles suficientes para a reparação dos danos, o pagamento de prestação pecuniária, multa e custas processuais.

Ora, o fundamento do *sequestro* é um – a ilicitude da origem do bem; do *arresto* e da *hipoteca*, outro, muito diferente. Se o bem foi apreendido sob o argumento da ilicitude de sua origem, a decisão que afirma o contrário haverá que implicar a imediata liberação do bem ou direito. Não cabe ao juiz manter a constrição para garantir a recomposição patrimonial do lesado (e custas e prestação pecuniária, em

caso de condenação), sem que haja provocação expressa do interessado, do Ministério Público ou da autoridade policial. Já o afirmamos e repetimos: na fase de investigação, o juiz é o tutor das liberdades públicas e não dos interesses de terceiros ou da persecução penal. No curso do inquérito, deve ele se abster de emitir juízos de valor acerca da pertinência da futura imputação, evitando, sempre, a apreciação de questões que tenham por fundamento a possível responsabilidade penal do investigado.

Quanto ao mais, a Lei nº 12.683/12 reproduz, com algumas variações, as regras já presentes na Lei nº 9.613/98, no que toca especificamente às disposições processuais.

Já em relação às normas de controle de operações financeiras, a Lei nº 12.683/12 estabelece rigoroso tratamento de fiscalização. Nesse passo, e aqui não nos alongaremos sobre a matéria, é de se assentar que o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras – teve ampliados seus já extensos poderes de supervisão sobre as operações e movimentações financeiras no país – e para o exterior – de modo a evitar a clandestinidade ou ocultação de bens, ativos e de valores. As informações que o COAF encaminha aos órgãos de persecução penal devem se inserir no âmbito das atividades de inteligência, fornecendo material para o monitoramento de delitos dessa natureza (lavagem).

Registre-se, a título de curiosidade, que a Medida Provisória nº 893/19 transformou o COAF na Unidade de Inteligência Financeira, mantendo as atribuições anteriores e também os servidores do Conselho.

Por fim, anote-se, mais uma vez, que a Lei 13.964/19 alterou a Lei 9.613/98 (referente aos crimes de lavagem) e passou a prever a possibilidade de ação controlada e infiltração de agentes para aqueles delitos, nos termos do § 6º do art. 1º.

14.7.10 Lei do Tráfico de Pessoas

Em outubro de 2016 foi sancionada a Lei nº 13.344, referente à repressão e prevenção do tráfico nacional e internacional de pessoas, bem como a medidas de atenção às vítimas. A legislação alterou o Código de Processo Penal, como já vimos

no item 4.1.1 (ao qual remetemos o leitor), e o Código Penal.

Muito embora haja muito a ser dito sobre a nova norma, pensamos que este não é o espaço adequado para tal, razão pela qual nos restringiremos somente aos seus aspectos processuais.

Inicialmente cumpre ressaltar que o art. 1º contém incomum regra de *extraterritorialidade incondicionada*, a exemplo da Lei de Tortura (art. 2º), sempre que a vítima for brasileira. A rigor, quase a totalidade dos dispositivos desta lei parece ter sido igualmente inspirada por normas de outras legislações. O art. 8º e seus parágrafos, por exemplo, são cópias praticamente integrais do art. 4º da Lei de Lavagem (9.613/98) e parágrafos, referentes às medidas assecuratórias relacionadas aos bens e valores que sejam instrumentos, produtos ou proveitos do crime. Não repetiremos aqui as considerações que já expusemos no item anterior (14.7.9) a respeito destas medidas, incluindo a crítica contra a possibilidade de o juiz decretar de ofício estas medidas já durante a investigação, que nos soa como um retrocesso.

Seguindo, o art. 9º determina que seja aplicada, subsidiariamente, o disposto na Lei nº 12.850 (Lei de Organizações Criminosas). Este mesmo diploma, por ter dispositivo extremamente semelhante, parece ter sido tomado como modelo para a regra do art. 11, que alterou o Código de Processo Penal para autorizar que o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia requisite, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos (desde que se trate de crimes envolvendo a privação de liberdade das vítimas, conforme o pequeno rol listado no mesmo artigo). Voltamos a insistir na legalidade de tal previsão, uma vez que a proteção constitucional da intimidade não engloba os dados de identificação civil.

Entretanto, a nova Lei não se limita a reproduzir o comando do art. 15, da Lei nº 12.850 (ou o 17-B da Lei de Lavagem de Capitais nº 9.613), dispondo em seguida sobre o procedimento desta requisição. O Parágrafo Único determina o prazo de 24 horas para o atendimento da ordem, que deverá conter o nome da autoridade requisitante, o número do inquérito policial e a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.

Sobre o disposto no artigo 13-B, inserido no Código de Processo Penal por meio desta Lei, já discorremos anteriormente, razão pela qual diremos apenas que sustentamos a perfeita compatibilidade da norma com o ordenamento jurídico atual.

Por último, o art. 10 deste diploma autoriza o Poder Público a criar sistema de informações visando à coleta e à gestão de dados que orientem o enfrentamento ao tráfico de pessoas.

14.7.11 Lei nº 13.285/16

Um único detalhe difere o procedimento dos processos concernentes a crimes hediondos dos demais procedimentos processuais penais: a previsão, no CPP, de que eles terão preferência de julgamento.

Possivelmente o legislador tenha buscado evitar que os autores de delitos tão graves sejam beneficiados pela prescrição, daí a promulgação de norma estipulando o aceleramento destes processos. A crítica que se faz é que os prazos prescricionais destes tipos já eram bastante acentuados, devido à pena notoriamente alta neles previstas – justamente pela severidade destas condutas! Desta forma, talvez o legislador tenha apenas produzido mais uma legislação voltada para a satisfação pública, visto que a população de modo geral clama por punições maiores, especialmente nestes tipos de delito. Seja como for, o rito mais célere está agora expresso em lei.

14.7.12 Da infiltração policial na internet

A recente Lei nº 13.441/17 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para introduzir nova hipótese de infiltração policial, agora na internet, voltada à investigação de crimes contra a dignidade sexual dos menores de idade.

O procedimento traz diversas semelhanças com a infiltração policial prevista na Lei de Organizações Criminosas (12.850/13), mas se diferencia em alguns pontos cruciais. E se não hesitamos em apontar a *atual* inconstitucionalidade daquela norma,

o mesmo não pode ser feito quanto à mais nova. Isso porque as distinções entre elas são substanciais.

Se a infiltração policial em organizações criminosas prevê a criticável possibilidade de prorrogações ilimitadas, a Lei nº 13.441/17 restringe as prorrogações ao prazo máximo de 720 dias (art. 190-A, III). Mais do que isso, o novo diploma não reproduz o problemático dispositivo do parágrafo único do art. 13 ("Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa"), determinando apenas, em seu art. 190-C, que "não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes" (que a Lei busca prevenir).

Entre não punir a ocultação de sua identidade na internet e não punir a prática de ilícitos perpetrados no âmbito de uma organização criminosa há significativa distância, bem se vê. As demais críticas que fizemos à infiltração são igualmente inapropriadas para esta nova modalidade, visto que ela nitidamente não é demonstrativa da notória *seletividade* do direito penal, almejando, desta vez, alvos que não são "os de sempre", e, no mais, o caráter excessivo e desproporcional da medida prevista na legislação de 2013 não encontra ressonância na de 2017, posto o comportamento díspar que se esperará dos agentes infiltrados em uma e em outra ocasião.

Outra diferença digna de nota é a possibilidade de a autoridade judicial requisitar, a qualquer momento, relatórios sobre os resultados parciais da infiltração (art. 190-A, § 1º), medida que a outra lei restringia ao Ministério Público (art. 10, § 5º). Novamente, privilegia-se o controle dos excessos da medida, o que é louvável.

Os pontos que entendemos positivos da norma original também se fazem presentes na nova lei, a saber: a necessidade de o requerimento (feito pelo delegado de polícia ou pelo órgão ministerial) determinar desde já o alcance das tarefas dos policiais, os nomes dos investigados e, se possível, seus dados, além da demonstração de sua necessidade (art. 190-A, II); o caráter subsidiário da medida, no sentido de que não se poderá aceitá-la se houver outra maneira de produzir a prova desejada (art. 190-A, §

3º); a óbvia exigência de autorização judicial – autorização que deve ser circunstanciada, especificando os limites da atuação policial (art. 190-A, I); a necessária previsão de sigilo, para proteger tanto o procedimento quanto os envolvidos na infiltração (arts. 190-B, 190-D e 190-E); e também a punição pelos eventuais excessos cometidos pelos agentes (art. 190-C, parágrafo único).

Os demais dispositivos são puramente operacionais, bastando sua leitura para a compreensão. Por fim, resta o alerta, já insinuado no ponto 11.5.3, da possibilidade real – e que deve, portanto, despertar especial cuidado por parte da autoridade policial e dos agentes envolvidos – de a medida acabar produzindo um indesejado flagrante *preparado*, que, de resto, seria prontamente rechaçado.

14.8 Procedimentos e conexão e/ou continência

Nos casos em que houver a unidade de processo (art. 79), para fins de unidade de julgamento, hipóteses específicas da conexão (art. 76) e da continência (art. 77), poderão surgir algumas perplexidades quanto ao procedimento a ser adotado, no caso de haver a previsão de espécies distintas para os distintos crimes reunidos por conexão e/ou por continência.

Talvez uma regra pudesse ser fixada, em obediência aos princípios constitucionais que informam o processo penal, no plano das garantias individuais: no concurso de crimes, conexos ou continentes, deverá sempre ser adotado o procedimento em que seja prevista a maior possibilidade de defesa, ou a mais ampla defesa. Dessa maneira, o procedimento a ser adotado, quando diversos os ritos dos crimes reunidos, deveria ser o ordinário (art. 394, I, CPP).

Com isso, estariam afastados também os problemas eventualmente surgidos em relação ao número máximo de testemunhas a serem arroladas pelas partes. A regra, pois, bem que poderia ser essa, aplicável sempre que não houvesse previsão diversa na lei, ou que houvesse possibilidade de afetação aos princípios constitucionais.

A primeira e mais relevante exceção, contudo, seria na hipótese de concurso de crimes, conexos e/ou continentes, em que um deles fosse da competência do Tribunal

do Júri. Não só em razão do disposto no art. 78, I, do CPP, mas sobretudo pela exigência do princípio do juiz natural, nessas situações deverá sempre prevalecer a competência do Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

Por isso, nessa situação específica, o procedimento a ser seguido será, necessariamente, aquele previsto para o mencionado tribunal, inclusive no que respeita ao número de testemunhas. Vale lembrar, no ponto, o que dissemos no capítulo próprio. A limitação do número de testemunhas é fixada em relação ao fato em apuração, e não com referência à peça acusatória oferecida.

Ora, relembre-se, então, que, se o limite de testemunhas devesse ser observado em relação à peça acusatória, bastaria ao órgão da acusação oferecer quantas denúncias fossem necessárias para as diversas imputações, ainda que no caso de conexão. Assim, em cada peça acusatória, ele arrolaria o número permitido. Posteriormente, quando fosse constatada a conexão, a reunião dos processos não poderia implicar a escolha de apenas algumas testemunhas, sobretudo quando a pluralidade de fatos e condutas, ainda que conexos, fossem presenciados por testemunhas diversas. Haveria, em tal situação, manifesta violação ao devido processo legal, afinal as partes têm o *direito* à prova.

Assim, sustentamos que o limite de testemunhas a serem arroladas deve se referir ao fato, e não à peça acusatória. Evidentemente, tratando-se de processo da competência do Tribunal do Júri, poderá ocorrer, excepcionalmente, a necessidade de redução do número de testemunhas, de oito para cinco, na hipótese de concurso de crimes conexos, em atenção às especificidades daquela jurisdição.

Havendo conexão envolvendo procedimentos comuns e especiais, deverá o juiz adotar a unidade de Juízo e não a de processo, de tal maneira que cada um siga o respectivo rito. É dizer: os processos serão reunidos *naquele juízo*, mas terão tramitação particularizada.

Dessa forma, melhor estariam atendidas as exigências da ampla defesa com a adoção do procedimento previsto para cada crime, mantida a necessidade de reunião dos processos, não para a formação de um único, sob um único rito, mas reunidos no mesmo juízo, para o aproveitamento de toda a atividade probatória produzida.

Outra solução, mais simples, seria a adoção geral do rito ordinário, atentando-se para a gravidade dos crimes envolvidos. Havendo entre os crimes conexos o de tráfico de drogas, por exemplo, é de se atentar para o disposto no art. 56, § 2º, da Lei nº 11.343/06, no qual se prevê o prazo de 90 (noventa) dias para a realização da audiência de instrução e julgamento, quando tiver que se realizar exame para comprovação de dependência de drogas. Assim, a obediência ao rito da Lei de Drogas será de rigor, até porque mais permissiva do exercício da ampla defesa.

Também nesse campo, a preocupação com a eficiência e a funcionalidade do sistema punitivo não pode sobrepor-se àquela devida e destinada à preservação dos direitos e garantias individuais.

CAPÍTULO 15

Das Nulidades

Como vimos, o processo penal cumpre as suas missões constitucionais também por meio de procedimentos, nos quais os atos processuais praticados pelas partes e pelo juiz (e por terceiros que houverem de participar da relação processual) desdobram-se sequencialmente rumo à decisão judicial final.

Os ritos processuais ou procedimentais seguem um itinerário definido previamente, com o objetivo de organizar a participação dos sujeitos do processo na construção do provimento jurisdicional final, de modo a permitir uma contribuição efetiva e em igualdade de condições na tutela dos respectivos interesses.

As formas processuais existem e atuam, portanto, na medida de sua finalidade específica.

Por isso, toda a matéria relativa às nulidades há de ser interpretada à luz de um princípio que resume e reúne a totalidade das tarefas atribuídas aos atos e formas processuais e/ou procedimentais. É o chamado princípio da instrumentalidade das formas, tradução do antigo *pas de nullité sans grief*, segundo o qual, para o reconhecimento e a declaração de nulidade de ato processual, haverá de ser aferida a sua capacidade para a produção de prejuízos aos interesses das partes e/ou ao regular exercício da jurisdição (art. 563, CPP).

A declaração de nulidade seria, assim, a consequência jurídica da prática irregular

de ato processual, seja pela não observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com a sua prática. Como lembram Grinover, Gomes Filho e Fernandes, a nulidade não é a essência do ato irregular, mas a sua consequência (1997, p. 18).

Eis, então, o ponto mais importante no estudo das nulidades.

A desconformidade do ato com a forma prevista em lei implica, por primeiro, a sua *irregularidade*. O ato irregular, porém, não é nulo em si mesmo! A nulidade, como consequência do vício, constitui verdadeira *sanção* jurídica, a fim de retirar os efeitos do ato *nulo* ou de limitar-lhe a eficácia. A rigor, não se pode falar em ato nulo em processo. A nulidade não integra o ato. Ela deve ser imposta *em razão* do defeito, mas não como *elemento intrínseco* e automático do ato, e sim, repita-se, como sanção ao vício.

E, precisamente por isso, por se tratar de sanção, a afetar os efeitos e a eficácia do ato processual, ela deve obediência ao princípio da *legalidade*, isto é, *depende ela de previsão legal*! Que pode ou não existir, tudo a depender de outras considerações, geral e essencialmente vinculadas às finalidades do ato e do processo.

Assim, no processo penal, e, aliás, em qualquer processo, toda nulidade exige manifestação expressa do órgão judicante, independentemente do grau de sua irregularidade. Isso porque, uma vez praticado o ato, a tendência do processo é seguir a sua marcha, conforme previsto na ritualística procedimental.

Como ensina Aroldo Plínio Gonçalves,

> "não existe processo nulo, antes da aplicação da nulidade, ou seja, antes do pronunciamento judicial que extingue os efeitos dos atos que compõem o procedimento, porque, como se viu, se a nulidade é sanção, não pode ser concebida como se fosse inerente ao vício ou como se fosse automaticamente dele decorrente" (2000, p. 26).

Esclarecida a questão conceitual básica, segue-se que, das várias e possíveis classificações utilizadas na doutrina acerca das nulidades, ficaremos com aquelas de maior interesse prático e de melhor definição teórica. Os atos irregulares poderão ser considerados *inexistentes*, quando lhe faltarem elementos essenciais a caracterizá-los enquanto tal – atos *processuais* – ou poderão ser *anulados*, segundo os critérios

previamente estabelecidos na legislação. Consulte-se sobre o tema o excelente trabalho de Antônio do Passo Cabral (*Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Gen/Forense, 2011).

15.1 Atos inexistentes

O que se pode entender por ato inexistente?

Partindo da necessária superação da dificuldade que se apresenta para a definição – dizer o que é – de algo que não é, poderíamos situar o ato inexistente estritamente do ponto de vista de sua aptidão para a produção de efeitos no processo. Assim o ato existiria, enquanto praticado por alguém, mas, em relação ao processo, seria como inexistente, pela sua impossibilidade de gerar ou produzir efeitos.

E não há como desenvolver qualquer teoria acerca dos atos inexistentes em relação ao processo se não nos dispusermos antes a precisar o que seja efetivamente um processo. Quando e como se pode afirmar que estamos diante de um processo?

O tema da inexistência encontra-se ligado à questão dos pressupostos de existência do processo, enquanto as nulidades diriam respeito aos requisitos de sua validade.

A nosso juízo, como julgamos ter demonstrado no espaço apropriado (sobre os pressupostos do processo), a unidade da jurisdição, como manifestação do Poder Público, impede a elaboração de qualquer teoria que pretenda incluir a competência jurisdicional como pressuposto da existência do processo.

O processo é precisamente o veículo da atuação do poder jurisdicional, independentemente do foro em que tiver tramitação e do acerto ou do equívoco praticado pelo agente do Poder Público (o juiz) no desempenho de suas funções, sobretudo e particularmente no que respeita à decisão acerca de sua competência. A competência não passa de divisão de tarefas, ainda que realizada na própria Constituição, quando da distribuição da jurisdição em razão da matéria e em razão das prerrogativas de função. A distribuição, constitucional e legal, de competências atende a necessidades operacionais, não descaracterizando a juridicidade da função os eventuais equívocos praticados pelos órgãos que nela atuam.

Por isso, desde que regularmente provocado, o recebimento da denúncia ou queixa, bem como o prosseguimento do curso da ação penal por meio de atos prolatados por quem se achar investido da função jurisdicional, dá por existente o processo, e com capacidade para a produção de determinados efeitos jurídicos, ainda que irremediavelmente nulos.

Eis, então, uma distinção corrente entre atos nulos (anuláveis, na verdade) e atos inexistentes. Estes, exatamente porque inexistentes, não produzem efeito algum, ao contrário daqueles, que não só produzem efeitos até serem anulados, como também implicam consequências jurídicas mesmo após o reconhecimento de sua nulidade. Atos inexistentes, portanto, não produzem efeitos, tal como ocorre com as decisões proferidas por quem não se achar investido de função jurisdicional. É até possível haver inexistência ou ato juridicamente inexistente também dentro de um processo regular e válido, como ocorrerá, por exemplo, na hipótese de sentença ou decisão sem a assinatura do juiz.

Os atos inexistentes não só não produzem efeitos, como também não poderão ser convalidados. E isso por uma razão simples e de ordem lógica: a convalidação, nesse caso, seria a própria instituição do ato, sem qualquer efeito pretérito. Em conclusão: faltam aos atos inexistentes elementos essenciais para a produção de quaisquer consequências jurídicas, o que não ocorrerá com os atos passíveis de anulação, tratados normalmente como atos nulos, ora passíveis de convalidação, ora a exigir a sua repetição, com aproveitamento de algum de seus efeitos.

15.2 Nulidades e ilicitudes na investigação

Tema dos mais relevantes no atual processo penal brasileiro diz respeito à necessária distinção que deve ser feita entre os vícios na fase de investigação e aqueles da fase de processo.

A rigor, as nulidades previstas em nosso CPP se referem aos atos *processuais*, isto é, àqueles praticados no curso do processo e não da investigação. Como sanções que são, as nulidades dependem de lei e são instituídas segundo as finalidades do

regular e adequado exercício da jurisdição e da atuação das partes.

Na fase de investigação, na qual se exerce atividade administrativa, as invalidades dos atos não seguem a mesma lógica do processo, embora ali também se possa reconhecer a nulidade de determinada diligência. A prisão realizada sem o atendimento às prescrições legais, por exemplo, deverá *ser relaxada*, não só segundo o disposto no art. 310, II, CPP, mas, sobretudo, por determinação constitucional (art. 5º, LXV, CF). Disso decorrerá a nulidade do ato e, também, a possibilidade de sua renovação, como ocorre, em geral, com as nulidades processuais.

Os atos administrativos de investigação se dirigem essencialmente à busca de elementos informativos para subsidiar a persecução penal em juízo, daí por que se ligam, ou podem se ligar, mais intimamente ao risco da violação de direitos subjetivos individuais, seja do investigado (em geral), seja de terceiros. Com efeito, é nesse âmbito que se deve potencializar a proteção às liberdades públicas e/ou às inviolabilidades pessoais (das comunicações telefônicas, de domicílio etc.).

Por isso, o eventual desrespeito a tais direitos subjetivos individuais operam no campo da ilicitude e não das nulidades. A ilicitude, mais que a desconformidade do ato com o modelo prescrito em lei, traduz verdadeira violação de direitos e não a mera não observância de formas. Embora existam também ilicitudes *culposas*, no campo da produção de provas o ato ilícito será sempre *doloso*, dirigido à violação de um direito subjetivo, ainda quando pretenda se justificar na necessidade de esclarecimento de fato criminoso. As consequências que daí resultam deverão mesmo ser diferentes das regras gerais das nulidades. E já as vimos, ao estudo das provas, ao tratarmos das regras de exclusão da prova ilícita, sua inadmissibilidade e derivação de efeitos (Capítulo 9). É o que ocorre nas hipóteses de violação dos sigilos pessoais (telefônicos, de dados, de domicílio etc.) sem a necessária e indispensável ordem judicial.

No entanto, impõe-se o esclarecimento acerca das consequências dos atos praticados pelo juiz na fase de investigação.

Nas chamadas cláusulas da *reserva da jurisdição* o constituinte atribuiu à autoridade judiciária o controle de *legalidade* de determinadas diligências

investigatórias, quando em risco o afastamento das apontadas inviolabilidades pessoais. Referidas cláusulas se reportam às situações em que a adoção da providência vem condicionada à *ordem judicial*, como se dá, por exemplo, na expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, no afastamento do sigilo telefônico e, também, na determinação de prisão cautelar. É dizer: sempre que a Constituição se utilizar da ressalva da *ordem judicial* não será possível que nenhuma outra autoridade o faça, incluindo as Comissões Parlamentares de Inquérito, que, segundo a própria Constituição, teriam poderes *investigatórios próprios da autoridade judiciária* (art. 58, § 3º, CF).

Assim, tem-se que o magistrado pode deferir determinadas medidas de investigação, se e quando se mostrem necessárias – e, às vezes, indispensáveis – para o esclarecimento da autoria e da materialidade de delitos. O que se vê em discussão atualmente no Brasil é quanto aos limites e as consequências da aludida decisão, no que toca à possibilidade de sua revisão pelos tribunais competentes para a apreciação da questão em grau de recurso.

Nossa jurisprudência – e doutrina, de modo geral – parece não diferenciar o eventual *erro* judicial na apreciação de questões dessa natureza (cabimento e pertinência da quebra da inviolabilidade pessoal) daquele praticado pelas autoridades policiais. Confunde-se, de fato, o *error in judicando* com a ilicitude da prova.

Ora, ressalvadas as hipóteses de *abusos de poder*, que podem ocorrer no âmbito de qualquer instituição do poder público, não se pode qualificar como *ilícita* a prova obtida mediante *autorização judicial*. O juiz não comete qualquer ilicitude, por exemplo, quando se afirma competente para o conhecimento de determinado causa, ainda que sua decisão venha a ser reformada no tribunal. A consequência de anulação dos atos até então praticados deverá, necessariamente, decorrer de previsão legal e nos limites ali instituídos, tal como ocorre, por exemplo, com o disposto no art. 567, CPP.

Mais grave ainda é o caso de decisões acerca da interceptação telefônica, prova evidentemente – pela sua natureza – irrepetível, isto é, que não poderá ser recuperada

acaso se decida pela sua não aceitação.

A nosso aviso, nada autoriza a conclusão de que a autorização judicial fundamentada para a realização da citada providência investigativa tenha como consequência a sua absoluta invalidade quando se tratar, por exemplo, de reconhecimento posterior da incompetência (material ou territorial) do juiz. Ressalve-se, mais uma vez e sempre, as hipóteses de eventuais *abusos de poder*, nos quais o juiz, mesmo sabendo não ser a autoridade competente, prossegue na investigação (neste sentido, STF – HC nº 81.260/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribuna Pleno, julgamento 14.11.2001; citando este precedente, veja-se STF – HC nº 99.619/RJ e HC nº 102.293/RS).

E, mais recentemente, também nesse sentido decidiu a Suprema Corte, no julgamento do HC nº 110.496, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 9.4.2013, no qual se levantou a tese do *juízo aparente*, ou teoria do juízo aparente, segundo a qual o erro sobre a competência é escusável em determinadas circunstâncias. Ademais, o mesmo Tribunal fixou que a autorização judicial para interceptação telefônica não fixa regra de competência, mas, sim, atende a reserva de jurisdição para quebra de sigilo (HC nº 126.536/ES, Rel. Min. Teori Zavascki, 1º.3.2016).

O que estamos a assentar é que, desde que devidamente fundamentada, a decisão judicial atenderá aos requisitos constitucionais para o deferimento da medida, não traduzindo qualquer prova ilícita aquela assim obtida. O que se exige para as interceptações telefônicas, e, também, para a violação de domicílio, de registros de dados e outras, é o controle *judicial*, orientado pela apreciação da necessidade e pertinência da medida, a ser feita por magistrado, ou seja, por autoridade com poderes decisórios.

É certo que a prisão decretada por juiz incompetente deverá ser relaxada, isto é, anulada. Ocorre que, aqui, ao contrário da interceptação telefônica, cuja comunicação é instantânea, o juiz competente poderá renovar a ordem de prisão. Do mesmo modo que poderá renovar a ordem de quebra de sigilo fiscal, bancário e de dados, porque estes não se exaurem no tempo.

Soa-nos rematado absurdo pretender a ilicitude de tais provas, e, pior ainda, a

contaminação posterior das demais provas, como se o juiz, ainda que por erro na avaliação das circunstâncias de fato e de direito (incluída a questão da incompetência), estivesse a violar direitos subjetivos.

Ora, fosse assim, toda decisão que vier a reformar a sentença condenatória abrirá a possibilidade de abertura de processo de indenização por parte do Estado, já que o *error in judicando* seria qualificado como *ato ilícito* do Estado, passível de recomposição patrimonial, por danos morais e materiais. No ponto, a história do Supremo Tribunal Federal registra julgados em que se assentava a inexistência de *crimes de hermenêutica*, ou seja, de eventual má interpretação do direito...

Em última instância ou análise, não haveria mais liberdade na apreciação das causas judiciais, dado que apenas o último grau de jurisdição estaria habilitado a decidir pela *licitude* das decisões anteriores.

Nesse passo, a tendência seria e será a abolição das medidas investigatórias incluídas na cláusula da reserva da jurisdição, dado que os juízes de primeiro grau tenderão (ou deverão!) submeter a reexame necessário todas as suas decisões acerca de tais providências, já que presente o risco de anulação de todo o material probatório, a atingir toda a persecução penal, pela simples discordância do tribunal com as razões lançadas como fundamentos para o afastamento do sigilo.

E, mais. Não adiantará submeter apenas aos tribunais de segundo grau: o Supremo Tribunal deverá ser *consultado* sobre a validade da decisão, na medida em que cabe a este, em última instância, apreciar eventuais riscos à liberdade de locomoção.

Insistimos: apenas nas hipóteses de abuso de poder, de dolo ou de má-fé do magistrado é que se poderá pensar na invalidade absoluta das provas por ele determinadas e até mesmo na contaminação daquelas delas dependentes, pois apenas nesse caso se fará presente a violação efetiva de direitos subjetivos. A má apreciação do caso – e a qualidade negativa da decisão sempre dependerá da subjetividade do tribunal *ad quem!* – não pode ser equiparada à ilicitude da medida! A decisão judicial, desde que fundamentada, pode não ser a melhor; mas, seguramente, atenderá aos requisitos constitucionais para o controle judicial dos atos de investigação.

No ponto, passa da hora de nossos tribunais incorporarem a *teoria da boa-fé* do

direito estadunidense, tal como já o fizeram com *a descoberta inevitável, dos frutos da árvore envenenada e da fonte independente* (art. 157 e parágrafos, CPP). Se o objetivo principal da inadmissibilidade da prova ilícita é o reforço de proteção aos direitos subjetivos (privacidade, intimidade, imagem etc.), a conduta de agente estatal praticada em boa-fé não oferece maiores riscos à eficácia da citada norma constitucional.

Não é demais acrescentar: o que se espera como fundamentação em tais decisões não é uma decisão de mérito, mas apenas o exame da pertinência da medida, de sua adequação e de sua necessidade. Não cabe ao juiz ou ao tribunal especular sobre os melhores rumos para a investigação criminal. O que se tem presente é a tutela das liberdades públicas e não o controle correcional das autoridades de investigação.

Em resumo: as nulidades dependem de previsão legal para a sua declaração, já que constituem *sanção* ao ato praticado em desconformidade com a lei. Por isso, a legislação estabelece alguns critérios finalísticos para a sua imposição, tal como a presença de prejuízo para a jurisdição ou para a atuação das partes, e, por exemplo, o interesse na sua arguição. Como regra, os atos anulados deverão ser repetidos, incluindo aqueles, posteriores, maculados pelo vício antecedente (por força do chamado princípio da causalidade ou princípio da consequencialidade, também conhecido como efeito expansivo das nulidades).

A ilicitude do ato e da prova determina a sua invalidade, extensível ao material subsequente cuja produção seja dependente daquele inicialmente viciado. Como regra, a prova ilícita não será repetida, salvo quando e nas hipóteses previstas em lei, como, por exemplo, nos casos de *descoberta inevitável* (não obstante o art. 157, § 2º, CPP, registre a expressão *fonte independente*, parece-nos claro restar ali consignada a construção que envolve a descoberta inevitável, conforme consignamos no item 9.1.4.2).

15.3 Nulidade absoluta e nulidade relativa

Os atos irregulares, ou seja, aqueles praticados com violação à forma prescrita em

lei, poderão ter como consequência de seus vícios, como visto, a anulação. Mas, como toda aplicação de sanção dependerá de previsão legal, nem sempre o nosso CPP comina de nulidade – isto é, determina a anulação – do ato irregular.

Como já assinalamos, o tema das nulidades processuais encontra-se estreitamente ligado à questão do prejuízo, efetivo ou potencial. E assim é porque a nulidade será sempre uma consequência da não observância da forma prevista em lei para a prática de determinado ato processual.

Ora, o processo, bem como todos os ritos e formas procedimentais, dirige-se a uma finalidade muito clara: o provimento judicial final, a ser construído com a contribuição dos interessados (acusação e defesa), de modo a realizar-se a única justiça judiciária possível, isto é, aquela da qual tenham efetivamente participado, em igualdade de condições, todos os envolvidos na questão penal. Assim, a não observância da forma prescrita em lei somente terá relevância na exata medida em que possa impedir a realização do justo processo, seja promovendo o desequilíbrio na participação e efetiva contribuição das partes, seja afetando o adequado exercício da função estatal jurisdicional.

A primeira distinção que se pode fazer entre as nulidades relativas e as nulidades absolutas começa a partir da definição dos interesses envolvidos na irregularidade.

O predicado *relativa* que acompanha a expressão *nulidade* significa exatamente isso: a nulidade encontra-se em relação ao interesse da parte, em determinado e específico processo.

É verdade que toda e qualquer não observância da forma prevista em lei poderá interessar, em certa medida, à própria função jurisdicional. Entretanto, é bem de ver que determinados atos processuais são instituídos, potencialmente, no interesse das partes. Isso significa que a utilização, ou melhor, a aferição da utilidade de seu exercício ou do seu não exercício é deixada à livre manifestação dos interessados, não cabendo ao Estado, em princípio, impor às partes a renovação de ato cuja ausência ou defeito não tenha afetado seu interesse.

É por isso que as nulidades relativas, por dependerem de valoração das partes quanto à existência e à consequência do eventual prejuízo, estão sujeitas a prazo

preclusivo, quando não alegadas a tempo e modo. Parte-se do pressuposto de que, não havendo alegação do interessado, a não observância da forma prescrita em lei não teria resultado em qualquer prejuízo para as partes. Assim, é de se prosseguir normalmente com o processo, sem o recuo à fase já ultrapassada.

Embora reservada às partes a valoração dos efeitos decorrentes do vício do ato, não há como negar que, ao menos em algumas hipóteses, será possível o reconhecimento *ex officio* de nulidades relativas. O nosso Código de Processo Penal por exemplo, permite o reconhecimento, pelo juiz, de sua incompetência relativa, o que implica a possibilidade de reconhecimento *ex officio* de nulidade relativa (art. 109, CPP). Todavia, mesmo nessa hipótese há prazo preclusivo para a firmação da incompetência territorial, qual seja, aquele previsto no art. 399, § 2º, CPP, que dispõe que "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença". Isso, é claro, na incompetência relativa; se absoluta a incompetência, pode-se alegar o vício a qualquer tempo.

Do mesmo modo, tratando-se de atividade desenvolvida pelo defensor do acusado, o juiz poderá intervir na qualidade da defesa, seja designando novo defensor dativo (em substituição àquele dado anteriormente), seja designando defensor *ad hoc*, para determinado ato processual, em aditamento à atuação deficiente do defensor constituído pelo réu (arts. 261 e 497, V, CPP).

Se o campo das nulidades relativas é, por excelência, aquele em que se situa o interesse prevalecente das partes, seja no que concerne à identificação da existência, seja no que respeita à identificação das consequências do prejuízo, em tema de nulidades absolutas altera-se radicalmente o eixo da análise.

A expressão *absoluto* já é indicativa da diferença de grau quanto à medida da preocupação destinada a específicas violações às formas previstas em lei. E nem poderia ser diferente.

Se, de um lado, é possível admitir-se uma certa margem de disponibilidade quanto à eficiência e à suficiência da atuação das partes (sobretudo e particularmente da defesa), de outro, quando o vício esbarrar em questões de fundo, essenciais à configuração de nosso devido processo penal, não se pode nunca perder de vista a

proteção das garantias constitucionais individuais inseridas em nosso atual modelo processual.

Com efeito, enquanto a nulidade relativa diz respeito ao interesse das partes em determinado e específico processo, os vícios processuais que resultam em nulidade absoluta referem-se ao processo penal enquanto função jurisdicional, afetando não só o interesse de algum litigante, mas de todo e qualquer (presente, passado e futuro) acusado, em todo e qualquer processo. O que se põe em risco com a violação das formas em tais situações é a própria função judicante, com reflexos irreparáveis na qualidade da jurisdição prestada.

Configuram, portanto, vícios passíveis de nulidades absolutas as violações aos princípios fundamentais do processo penal, tais como o do juiz natural, o do contraditório e da ampla defesa, o da imparcialidade do juiz, a exigência de motivação das sentenças judiciais etc., implicando todos eles a nulidade absoluta do processo. Somente quando outro princípio fundamental estiver em jogo será possível convalidar o ato passível de nulidade absoluta, como é o caso, por exemplo, do vício de incompetência absoluta: transitada em julgado a decisão ABSOLUTÓRIA, proibição da revisão *pro societate* impedirá novo processo. Já tratamos desse princípio no início desse trabalho (item 3.3.1.6).

E não só quando se tem violação a princípios expressamente acolhidos na Constituição é que se poderá falar em nulidade absoluta. Há outros, a serem inferidos do sistema de garantias constitucionais, que, embora não explicitados, integram a estrutura do novo modelo processual penal brasileiro, ainda que como decorrência lógica daqueles expressamente assegurados.

E mais. Como acontece em relação a qualquer outra modalidade de risco à liberdade individual, a nulidade absoluta poderá ser reconhecida e declarada até mesmo em sede de *habeas corpus*, quando o vício puder ser demonstrado de plano, como é o caso de incompetência absoluta em razão da matéria ou da função exercida pelo acusado.

Assim, diante da qualidade do interesse em disputa, as nulidades absolutas poderão ser reconhecidas *ex officio* e a qualquer tempo, ainda que já presente, como

tivemos oportunidade de salientar, o trânsito em julgado da sentença.

Costuma-se dizer que, enquanto nas nulidades relativas o prejuízo deve ser demonstrado pelo interessado, nas nulidades absolutas ele seria presumido.

É bem verdade que, nas nulidades relativas, a existência da nulidade deve ser alegada pelo interessado e as consequências desfavoráveis do ato viciado/irregular, ou seja, o prejuízo, devem ser demonstradas também por ele.

Mas não nos parece exato afirmar que, nas nulidades absolutas, o prejuízo seja presumido. Não se cuida de qualquer presunção. O que há é verdadeira afirmação ou pressuposição da existência de prejuízo. Não se cuida de inversão do ônus da prova, passível de alteração no plano concreto, mas de previsão abstrata da lei, a salvo de qualquer indagação probatória.

Evidentemente, o que poderá ser objeto de prova é a existência ou não da violação à lei, ou seja, da irregularidade. Mas, uma vez demonstrada esta, o prejuízo dela decorrente é sua consequência inevitável.

15.4 Nulidades: efeito devolutivo dos recursos e vedação da *reformatio in pejus*

Há, aqui, também, uma exceção, conforme examinaremos a seguir, em tema de nulidades reconhecidas ou reconhecíveis na sentença de primeiro grau, seja por *error in procedendo* (erro judicial relativo à observância de regras procedimentais), seja por *error in judicando* (erro judicial em relação às questões de direito).

Tratando-se de recursos contra sentença absolutória, mesmo as nulidades absolutas não poderão ser reconhecidas *ex officio* em prejuízo da defesa, se não alegada no recurso da acusação, consoante se tem entendido sem maiores divergências, em posição consolidada na Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal. É exatamente nesse sentido decisão do STF, na qual se aplicou a Súmula 160 à hipótese de vício de incompetência absoluta, não alegado pelo recorrente (MP), em sentença absolutória (STF – HC nº 80.263/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, em 20.2.200 – *Informativo STF* nº 298).

Essa orientação não deixa de causar espécie, na medida em que, como na decisão antes mencionada (do STF), o tribunal *ad quem* se veria na contingência de exercer jurisdição mesmo considerando-se incompetente.

O certo, porém, é que a cláusula do devido processo legal tem por escopo essencial a realização das garantias individuais do acusado em face do Estado, de modo a promover o necessário equilíbrio de forças entre a acusação e a defesa na ação penal. Para tal finalidade deverá, o quanto possível, impedir que a atividade judicante ou jurisdicional funcione como acréscimo ou corretivo da má atuação do órgão estatal responsável pela função acusatória. Assim, permitir-se o reconhecimento da nulidade quando não alegada pela acusação poderia gerar uma situação de desigualdade entre os litigantes.

E não só. Implicaria também prejuízo à ampla defesa, na medida em que não permitiria a participação do acusado no debate acerca da nulidade, tendo em vista a omissão do recurso da acusação em relação à matéria.

Por essa razão, em sede de recursos da acusação, é de se aplicar, com rigor, a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, a limitar a atividade judicante de segunda instância.

Por isso, somente e excepcionalmente por isso é que se deve reconhecer no caso *o trânsito em julgado para a acusação*, aplicando-se, em consequência a proibição da revisão *pro societate*. Esclareça-se: não se teria ainda a coisa julgada, posto que interposto o recurso pela acusação; mas, para o fim de justificar a otimização das garantias processuais individuais, e fundado em raciocínio acolhido, aliás, no Código Penal (art. 112, I), poder-se-ia considerar passado em julgada a decisão *para a acusação*, já que essa teria se conformado com o resultado do processo, *nessa parte* (da competência).

Ainda com referência às nulidades processuais que podem ser identificadas na sentença de primeira instância, é importante registrar a vedação da *reformatio in pejus*, ou seja, a reforma para pior da decisão impugnada.

É verdade que o tema da *reformatio* guarda maior pertinência com a matéria

relativa aos recursos e, por isso, será ali mais detidamente analisado.

Todavia, quando não se obtém a reforma do julgado, com a alteração da decisão, mas, ao revés, a sua anulação (ou o reconhecimento de nulidades), várias e importantes consequências poderão daí advir, todas elas inseridas ou a serem inseridas no sistema das nulidades.

Talvez a mais importante delas esteja relacionada com os eventuais efeitos que se poderão atribuir à decisão então anulada e no que diz respeito à subordinação a ela da nova decisão, quando condenatória.

Há, por exemplo, jurisprudência consolidada ao longo de muitos anos, incluindo a da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de se atribuir à decisão anulada o efeito de impedir o agravamento da pena a ser fixada na nova decisão, quando em recurso unicamente da defesa. O fundamento seria precisamente a proibição da *reformatio in pejus* do art. 617 do CPP, mas com nova roupagem: a *reformatio in pejus* indireta.

Fala-se em reforma indireta em razão de não resultar diretamente da decisão do órgão de segunda instância, mas da nova decisão proferida pelo juiz da causa, após o reconhecimento da nulidade da sentença. Nessa hipótese, com efeito, o recurso da defesa, no qual se alegou a existência da nulidade, teria sido provido, não havendo de se falar em decisão *in pejus*. O prejuízo somente ocorreria e ocorrerá a partir da nova decisão, quando, afastada a nulidade, for confirmada (ou repetida) a condenação, com imposição, porém, de sanção mais grave.

Se o vício resultante da nulidade se referisse, por exemplo, à incompetência relativa do juiz, o novo juiz, ou seja, aquele originariamente competente, ao receber os autos para julgamento, já estaria vinculado ao máximo da pena fixada na decisão anulada, sem que tivesse concorrido para a nulidade. Haveria, portanto, restrição à atividade judicante.

A adoção de semelhante entendimento atende às preocupações com a ampla defesa, na medida em que procura afastar eventuais embaraços no manejo dos recursos cabíveis, como a intimidação do condenado ao exercício do duplo grau de jurisdição, sob a ameaça, potencial, é claro, de ver piorada a sua situação. A

proibição da reforma para pior, direta ou indireta, funcionaria como uma garantia do efetivo exercício da ampla defesa.

Seja como for, tratando-se de vício decorrente de incompetência relativa, não vemos maiores problemas na solução tal como aventada na jurisprudência e na doutrina quando se tratar de recurso exclusivamente da defesa.

Nas edições anteriores, entendíamos que, em se tratando de incompetência absoluta, instituída em razão da matéria e da função exercida pelo acusado, a solução deveria ser outra. E recorríamos à antigas decisões da Suprema Corte (RE nº 87.394 RTJ nº 88/1.018; STJ – REsp nº 66.081/SP; RHC nº 5.857/SP, *DJU* 12.8.1997).

No entanto, evoluímos para não fazer qualquer distinção na proibição de *reformatio in pejus indireta*. Se o fundamento da regra repousa na afirmação da liberdade recursal da defesa, de modo a não reduzir a sua pretensão de modificação da condenação, deve ele prevalecer também sobre o juiz natural. Pensamos, aliás, que essa é a melhor maneira de se alinhar a solução da questão aos ditames da citada Súmula 160, do STF. Se ali, a ausência de alegação da acusação foi suficiente para se afastar o vício de incompetência absoluta, por que não o seria aqui? Ao fim e ao cabo, não se teria também a omissão dos órgãos públicos no curso do processo enfim anulado?

Em resumo: anulada a decisão condenatória unicamente em razão de recurso da defesa, o máximo de pena e sua espécie aplicadas na sentença anulada vincularão o juiz a quem for encaminhados os autos.

Cumpre ainda indagar acerca da possibilidade de *reformatio in pejus* para a acusação, o que poderá ocorrer sobretudo quando o Ministério Público e/ou o querelante recorrerem da decisão condenatória, pleiteando o agravamento da pena. Quando absolutória a decisão de primeiro grau, não se terá o risco de *reformatio in pejus* para a acusação, evidentemente.

No que diz respeito à existência de nulidade absoluta não alegada em recurso exclusivo da acusação, não vemos como recusar o entendimento segundo o qual será perfeitamente possível o seu reconhecimento *ex officio* pelo tribunal *ad quem* (desde

que favorável à defesa; relembre-se: aqui não se trata de decisão absolutória, quando cabível a aplicação da Súmula 160, STF), na linha, aliás, da fundamentação geral em tema de nulidades: as nulidades absolutas dizem respeito a violações a regras e princípios fundamentais do processo, configurando verdadeiro interesse público. Possível, então, a *reformatio in pejus* indireta para a acusação.

E também será cabível e válida a *reformatio* direta (para a acusação). Com efeito, no exemplo dado, de recurso da acusação, manejado para o fim exclusivo de agravamento da pena, poderá o tribunal diminuí-la, por erro na sua dosimetria. É que, respeitado o *tantum devolutum quantum appellatum* (efeito devolutivo em extensão ou no plano horizontal), o tribunal poderá conhecer em profundidade toda a matéria impugnada (efeito devolutivo em profundidade ou no plano vertical), inexistindo vedação legal à modificação do julgado em favor da defesa, ao contrário do que ocorre em relação ao disposto no art. 617 do CPP, *in verbis*: *"O tribunal, câmara ou turma [...], não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença."*

E mais: se é sempre possível a correção do erro até mesmo por meio de *habeas corpus ex officio*, por que não o seria desde logo? Também: se é possível a revisão criminal após passada em julgado a decisão condenatória, por que não permitir a *corrigenda* desde logo?

A vedação da *reformatio in pejus*, porém, não deveria se aplicar ao Tribunal do Júri, no que respeita à decisão dos jurados. Anulado o julgamento, o novo júri deveria ser livre para apreciar toda a matéria do fato e de direito. Se, contudo, as respostas aos quesitos forem no mesmo sentido, o Juiz-Presidente não poderá agravar a pena. Esse era o entendimento jurisprudencial de nossos tribunais.

No entanto, a 2ª Turma do STF, HC nº 89.544/RN, julgado em 14.4.2009, Relato o então Min. Cezar Peluso, decidiu em sentido contrário, fazendo prevalecer a regra da proibição da *reformatio in pejus* também no júri. A decisão reduz, indisfarçavelmente, a soberania do (segundo) Conselho de Sentença.

Pode-se compreendê-la e até mesmo acompanhá-la, sobretudo na perspectiva da potencialização da ampla defesa, vetor essencial na configuração de nosso processo

penal, tal como já o assentamos no Capítulo 5. De mais a mais, uma ordem constitucional democrática não se compatibiliza com a absolutização de princípios constitucionais, não havendo razão, em princípio, para que tal ocorra em relação à apontada soberania dos jurados. No particular, o princípio da ampla defesa ocupa posição proeminente na estrutura do processo penal. E o STJ, em decisão isolada, acolheu o precedente (HC nº 205616/SP, 6ª Turma, Rel. Og Fernandes, 12.6.2012). Convém aguardar o posicionamento final do Plenário da Suprema Corte, sobretudo com a saída do eminente Relator (Cezar Peluso) do citado HC nº 89.544/RN, mas ao que tudo indica esta orientação será mantida, já que no HC nº 136.768/SP aquele Tribunal entendeu que era vedada a imposição de sentença pior para o réu do que a anterior, no Tribunal do Júri.

15.5 A regra do interesse nas nulidades

Toda a matéria relativa às nulidades processuais deve ser analisada pelo prisma do prejuízo, porquanto "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa", nos termos do art. 563 do CPP.

Nesse sentido, é perfeitamente compreensível e mesmo coerente a norma contida no art. 565, parte final, quando estabelece que nenhuma das partes poderá arguir nulidade referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

No entanto, no processo penal, a posição do Ministério Público, do ponto de vista material (do direito material aplicável), não parece adequada ao conceito mais rigoroso de *parte*, dado que cabe a ele sempre zelar pela correta aplicação da lei penal. Daí dizermos que o *parquet* é absolutamente imparcial em relação ao conteúdo do processo penal. É *parte* apenas no sentido *formal*.

Se é assim, como de fato é, não há como não reconhecer também ao Ministério Público a legitimidade para arguir a nulidade de ato cujo proveito seja unicamente da defesa.

Já o contrário não será possível. A defesa, cujo interesse é exclusivamente voltado para a não condenação, não poderá alegar qualquer nulidade cuja consequência venha

a beneficiar unicamente a acusação. Por quê? Em um primeiro momento, a resposta pode parecer bem simples: tratando-se de atividade defensiva, o seu conteúdo deverá ser sempre parcial, exigindo a nossa legislação que mesmo quando o réu se declare culpado, o seu defensor deve apresentar teses contrárias à acusação, ainda que fundadas em simples alegações. Embora verdadeira a afirmação, há mais a ser ponderado.

É tempo, então, de apontar a espécie de nulidade a que estamos nos referindo.

As nulidades absolutas, como vimos, dizem respeito a vícios gravíssimos, capazes de afetar a validade de todo o processo, porque atinentes à não observância de princípios constitucionais. Essas, portanto, interessam a todos, qualificando-se como de interesse público. Daí por que não precluem e, como regra, não se submetem aos efeitos da coisa julgada. Por essa razão, não se reserva às partes o juízo de oportunidade e conveniência quanto à alegação de sua existência, nem quanto ao seu reconhecimento.

As nulidades relativas, ao contrário, dependem da iniciativa do interessado, já que o vício, ainda que existente, pode não trazer qualquer prejuízo à parte. Ora, se é ao interessado que se reserva o juízo de oportunidade e conveniência da declaração de nulidade, tem-se que somente ele, e não aquele ao qual a nulidade não aproveitará, poderá legitimamente alegar a sua existência e demonstrar o prejuízo.

Em tema de interesse na declaração da nulidade, estamos, pois, falando das nulidades relativas, e não das absolutas.

Por essa razão, e porque nas nulidades relativas prevalece o interesse da parte efetivamente prejudicada, dispõe a primeira parte do art. 565 do CPP que "*nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido*".

Ao que se vê, o legislador cuidou de afastar eventuais manobras engendradas pela parte unicamente com a finalidade de obter a declaração de nulidade de seu ato, alcançando, com isso, o retrocesso na marcha processual, em prejuízo da parte contrária e da própria atuação jurisdicional.

15.6 A instrumentalidade das formas

Conforme tivemos oportunidade de antecipar, toda a matéria relativa às nulidades deverá ser guiada pela necessidade de preservação dos interesses tutelados pela jurisdição penal, aferidos a partir da atuação de cada um dos sujeitos do processo no seu regular desenvolvimento.

As formas processuais e procedimentais existem unicamente para benefício dos litigantes e do magistrado, de cuja atividade se espera a construção do provimento final acerca da matéria penal levada a juízo.

As nulidades funcionariam, portanto, como a consequência jurídica resultante da violação da forma prescrita na lei para a realização de determinado ato processual.

Todavia, não há como deixar de reconhecer, sobretudo da perspectiva do processo (e não do procedimento, visto aqui como sequência de atos), instrumento da jurisdição e, assim, da aplicação do direito, que todos os atos processuais previstos na lei têm uma finalidade específica. Existem em razão de um fim, que, em última análise, será a aplicação do direito cabível à hipótese concreta. Na teoria do processo, costuma-se dizer que o processo é meio, e não fim, o que não deixa de ser verdadeiro também em relação ao processo penal, embora, em relação a este, deva-se salientar que as garantias processuais fundamentais estão previstas na própria Constituição, configurando verdadeiro direito material.

Fala-se em instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*) para realçar exatamente a função que se lhe atribui a legislação: a função de meio, de instrumento, e não do próprio direito.

Por isso, se do ato nulo não tiver decorrido qualquer prejuízo para a atuação das partes ou da jurisdição, não haverá razão alguma para o reconhecimento e declaração da nulidade, nos exatos termos do art. 563, pedra de toque do sistema das nulidades. Não é demais lembrar que, como sanção que é, a nulidade depende de previsão legal.

Na mesma linha de desdobramento, não se reconhecerá a nulidade (ou considerar-se-á sanada) de ato praticado de outra forma, não prevista em lei, quando tiver ele alcançado o seu fim, sem prejuízo a nenhum dos litigantes, conforme se observa do

disposto no art. 572, II, do CPP.

Em resumo: o que deve ser preservado é o conteúdo, e não a forma do ato processual.

Quando se fala em prejuízo para as partes, é preciso ainda distinguir: há nulidades que implicam prejuízos relevantes e outras que não ultrapassam a fronteira da abstração legislativa. Prejuízos relevantes são aqueles que derivam de atos processuais nulos, mas com aptidão para influir na apuração da verdade ou do convencimento judicial. Nos termos do art. 566, "*não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa*".

Ora, a expressão *verdade substancial* é inteiramente desnecessária, tendo em vista que as questões de fato a serem apreciadas no processo penal são sempre questões ligadas à prova, ou seja, à verdade processualmente comprovada. O que deve ser analisado, então, é a capacidade de influência do ato nulo na decisão da causa.

E aqui todo o cuidado é pouco, porque, embora se saiba que o juiz deverá sempre motivar o seu convencimento (livre convencimento motivado ou persuasão racional), a prova resultante de ato processual nulo poderá influir na subjetividade do ânimo do julgador, com consequências danosas aos interesses do prejudicado e também da jurisdição penal. Deve-se atentar para a circunstância (mais frequente que pode parecer) de pretender o juiz demonstrar o seu convencimento a partir de outras provas, possivelmente ou evidentemente insuficientes, quando na verdade teria sido convencido, efetivamente, por ocasião do ato processual cuja nulidade veio a ser reconhecida.

Assim, nem toda violação ao contraditório, por exemplo, exigirá o reconhecimento da nulidade, quando o ato praticado ou a prova levada aos autos não ostentar qualquer potencialidade probatória, nem tiver sido, à luz do caso concreto, objeto de mensuração na decisão final. Não teria ele, na espécie, causado prejuízo relevante aos interesses das partes.

15.7 Causalidade: derivação das nulidades

Se a consequência jurídica do ato irregular é a declaração de sua nulidade, nada mais lógico que aludida nulidade estenda-se também aos atos que sejam subsequentes àqueles e, mais que isso, que sejam deles dependentes ou consequentes. Foi também o que pareceu ao legislador, consoante se extrai do art. 573, § 1º, do CPP, que estabelece a regra da causalidade.

A questão da derivação da nulidade parece se resolver no plano lógico, não havendo como se mencionar as inúmeras possibilidades em que podem se apresentar.

Para que haja derivação, impõe-se, então, que o ato subsequente seja dependente do anterior, no sentido de ter a sua existência subordinada à existência e à validade do primeiro, ou que seja dele consequência, enquanto seu efeito ou resultado. Mirabete (2001, p. 1.187) cita o exemplo de contaminação dos atos processuais posteriores à escolha dos jurados quando houver nulidade em relação a este ato.

Não configuraria hipótese de contaminação, todavia, eventual irregularidade ocorrida em audiência de instrução, em relação à audiência subsequente, quando for essa necessária (art. 402 e art. 404, CPP). Aqui não há, em regra, de se falar em derivação da nulidade, porque a audiência seguinte seria mera prorrogação do ato, dele não dependendo.

Ressalve-se o caso de inversão da ordem de oitiva das testemunhas de acusação e defesa ou a hipótese de aditamento da denúncia após a prova testemunhal (RSTJ nº 32/421-422). Neste último caso, porém, não nos parece tratar-se rigorosamente de nulidade em razão de vício processual, mas da necessidade de reabertura da fase instrutória em razão de novas imputações. A inversão da ordem de depoimentos de testemunhas poderá ocorrer também em relação àquelas ouvidas por carta precatória. Assim, e por exemplo, quando houver testemunha de acusação a ser ouvida em audiência de instrução (art. 400 e art. 531, CPP), não se deve expedir carta precatória para ouvir testemunhas de defesa antes da realização do referido ato instrutório, salvo quando for possível a inquirição das testemunhas por videoconferência, conforme autorizado no art. 222, § 3º, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.900/09.

Outro exemplo de contaminação da nulidade ocorreria nas hipóteses de provas obtidas a partir de outras cuja ilicitude seja reconhecida, tal como se dá na aplicação da conhecida teoria dos frutos da árvore venenosa ou *fruits of the poisonous tree*, acolhida, expressamente, no art. 157, § 1º, CPP (Lei nº 11.690/08).

Acerca da nulidade como consequência de nulidade anterior, poder-se-ia citar o exemplo de decisão de segundo grau concedendo *habeas corpus* impetrado contra o recebimento de denúncia por ausência de justa causa. Todos os atos processuais posteriores ao recebimento da peça acusatória seriam reputados igualmente nulos, como consequência da rejeição da denúncia.

A regra da causalidade, a ditar a contaminação dos atos processuais dependentes ou consequentes do ato nulo, recebe um tratamento diferenciado quando se tratar de vício e nulidade decorrentes de incompetência do juízo, conforme se observa da norma prevista no art. 567 do CPP.

Enquanto a regra, no que se refere à maioria dos vícios geradores de nulidades, determina a aplicação da contaminação de todos os atos dependentes e/ou consequentes, por obra e efeito da causalidade, o mesmo não ocorre em relação à nulidade decorrente de incompetência.

Nos termos do art. 567 do CPP, "*a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente*". E, retrocedendo aos termos do art. 109 do mesmo CPP, temos que, uma vez aceita a declinatória (ou seja, concordando o juiz para o qual foram remetidos os autos com a sua competência) e ouvido o Ministério Público, o processo prosseguirá a partir da ratificação dos atos anteriores.

Eis, então, uma questão com certo grau de complexidade: como ocorre, em que medida e o que vem a ser a ratificação dos atos anteriores?

Note-se, de início, que há duas modalidades distintas de incompetência, a saber: (a) a *relativa*, e (b) a *absoluta*.

Ambas apresentam também diferentes consequências.

A *relativa* submete-se à preclusão e nela prevalecem os interesses das partes, não

sobre o interesse público da jurisdição, mas no que se refere *à exigência de arguição e demonstração de prejuízo*. Aos olhos da jurisdição, se a parte não levanta a questão, provando ter sido prejudicada pelo ato irregular, o processo deve seguir seu curso.

Já a nulidade *absoluta* implica um grau mais elevado de consequências, dado que o que é atingido, para além do interesse das partes, é a regularidade da jurisdição. Daí, como regra, não se aceitar a convalidação dos atos absolutamente nulos, exceção feita àquelas que não atingem a defesa, como, por exemplo, a decisão absolutória viciada passada em julgado (proibição de revisão *pro societate*).

Sempre houve e sempre haverá discussões acerca da natureza do ato de recebimento da denúncia: cuida-se, ou não, de ato decisório?

Basta ver a jurisprudência da Suprema Corte nas ações penais originárias, isto é, aquelas promovidas diretamente naquele Tribunal, por força de prerrogativa de função do acusado, para se concluir que o recebimento da peça acusatória tem conteúdo *decisório*.

No entanto, para efeitos de anulação e retrocesso na tramitação do processo – passe a redundância –, os tribunais preferem aceitar a *ratificação* do ato de recebimento da denúncia ou da queixa, independentemente do disposto no art. 567, CPP.

Assim, em se tratando de incompetência *relativa*, parece fora de dúvidas a possibilidade de aproveitamento dos atos *posteriores* ao recebimento da denúncia, exceto os decisórios (sentença, pronúncia). E, também, a possibilidade de *ratificação* de tais atos. E por ratificação há que se entender apenas a *adesão* ou nova *subscrição* dos atos até então praticados.

E como compatibilizar o art. 567, CPP, com o disposto no art. 399, § 2º, CPP, que cuida, este último, do princípio da identidade física do juiz, segundo o qual *quem instruiu deve sentenciar?* Não seria sempre necessária a repetição da instrução pelo juiz a quem forem remetidos os autos em caso de incompetência relativa?

Bem.

Parece-nos que a regra da identidade física deve ser entendida enquanto tal, ou seja, como *regra*. Que poderá abrir-se a exceções, como intuitivo, e desde que previsto em lei (férias, licenças, aposentadoria do juiz que instruiu etc.). Assim, e conforme aqui se demonstra, haverá casos em que o juiz que instruiu não será o mesmo que sentenciou, desde que devidamente prevista em lei a hipótese.

E o caso do art. 567, CPP, parece ser uma das exceções a que nos referimos.

Quando houver o reconhecimento da incompetência do juiz, deverá ele encaminhar os autos àquele que entende competente para o prosseguimento do processo. Nesse caso, o juiz a quem forem encaminhados os autos poderá *ratificar* os atos de instrução, bem como, se entender necessário, determinar a repetição de um ou mais atos instrutórios.

Poderia o juiz afirmar de ofício a sua incompetência relativa, nos termos do art. 109, CPP?

Em princípio, sim, e ao contrário do que ocorre no processo civil. Importante esclarecer: a Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça, que é em sentido contrário ao que acabamos de afirmar, teve como fundamento para a sua instituição (dela, Súmula) *processos de execução fiscal!!!* Nada a ver com o processo penal.

Todavia, se ele já tiver *iniciado a instrução*, pensamos que não mais será possível a declinatória de foro, *de ofício*, isto é, sem a provocação das partes. Por isso, o art. 109, CPP, deve ter delimitado o prazo de sua aplicação. Assim, ainda que relativamente incompetente, e desde que não tenha sido provocado pelas partes – seja por meio de exceção, seja por meio de defesa direta – art. 396 e art. 396-A, CPP – se o juiz *iniciar* a instrução, deverá concluí-la, por força da *preclusão*, em relação às partes, e por força da identidade física prevista no art. 399, § 2º, CPP.

De outro lado, é de se ver que a afirmação da nulidade do ato de recebimento da denúncia tem sérias consequências também em relação ao prazo interruptivo da prescrição.

A nosso aviso, mesmo tratando-se de incompetência relativa, ou seja, de denúncia recebida por juiz relativamente incompetente, o reconhecimento da nulidade da

decisão (que recebeu a denúncia) impedirá a interrupção do prazo prescricional, na linha, aliás, da jurisprudência de nossos tribunais superiores.

É bem verdade, porém, que o apontado entendimento (dos tribunais) tem em vista a nulidade da decisão de recebimento da denúncia por vício de incompetência absoluta, em razão da matéria ou da prerrogativa de função, e não territorial, como estamos sustentando. Ver, por exemplo: STF – HC nº 76.748/MT, *DJU* 17.4.1998; HC nº 69.047/RJ, *DJU* 24.4.1992; STJ – RHC nº 6.488/GO, *DJU* 23.3.1998.

Para nós, a questão de fundo é a mesma: o recebimento da denúncia, como ato decisório que é, deverá ser anulado.

E não contraria semelhante ponto de vista o que já afirmamos em relação ao oferecimento de queixa perante juiz incompetente (relativa ou absolutamente), nas ações penais privadas. Ali, embora também nulo o ato de recebimento da peça acusatória, a decadência não se consuma tão somente pela manifestação expressa da vontade do ofendido de promover a persecução penal. É nesse sentido antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF – 2ª Turma – HC nº 63.665/RS Rel. Min. Djaci Falcão. j. 1º.4.86 – HC nº 65.425/SP, Min. Djaci Falcão, 2ª Turma, j 27.10.87), até hoje não modificada.

Além do mais, não há, para a decadência, previsão de ato interruptivo do seu curso, como ocorre com o disposto no art. 117, I, do CP, em relação à interrupção da prescrição. Relembre-se: a queixa ali mencionada (art. 117, I, CP) diz respeito à ação penal privada subsidiária da pública, que, de privada, só tem o nome e a iniciativa do ofendido, conforme julgamos ter demonstrado.

E quanto à incompetência absoluta? Seria possível a convalidação dos atos processuais?

15.7.1 Nulidade e incompetência absoluta

Diz a Constituição da República, em seu art. 5º, LIII, que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*.

A referência expressa ao processo e à sentença parece não deixar margem a

dúvidas, sobretudo tratando-se de normas constitucionais assecuratórias de garantias individuais, para as quais se recomenda uma interpretação ampliativa e nunca restritiva.

A aludida norma encaixa-se perfeitamente no sistema de distribuição de competências previsto na Constituição e, particularmente, nos critérios de sua definição.

Quando sustentamos, no capítulo próprio, que a repartição de competência jurisdicional atendia a critérios de especialização, sobretudo quanto à matéria, já sinalizávamos a preocupação do constituinte com a qualidade do exercício da função judicante, bem como com a garantia outorgada ao jurisdicionado de somente ser julgado na instância criminal pelo juiz mais qualificado para o caso – em outras palavras, o melhor juiz.

Então, podemos afirmar que o processo que se desenvolver perante juiz material ou absolutamente incompetente será irremediavelmente nulo, não desde o recebimento da denúncia, mas desde o seu oferecimento. E aqui já entraria em cena outro princípio, ligado às funções acusatórias do Estado: o princípio do promotor natural.

Com efeito, tal como ocorre em relação ao juiz natural, a matéria penal é também repartida em atribuições aos diferentes órgãos do Ministério Público: crimes federais ao Ministério Público Federal, crimes estaduais ao Ministério Público dos Estados crimes militares federais ao Ministério Público Militar da União etc.

Com isso, clareia-se sobremaneira o quadro das nulidades no processo penal, permitindo-se visualizar a nulidade da própria peça acusatória (por ilegitimidade ativa) quando oferecida por órgão do *parquet* que não seja o titular das atribuições constitucionais acusatórias.

Assim, quando o vício referir-se à incompetência absoluta, não se poderá, em princípio, falar-se em ratificação de quaisquer atos processuais, ainda que não decisórios, tratando-se, na verdade, de processo nulo desde o início. Reconhecida a incompetência absoluta do juízo, os autos deverão ser encaminhados ao Ministério Público oficiante perante o juiz competente, para total reformulação da *opinio delicti*.

O novo juiz não poderia, jamais, ratificar automaticamente o recebimento da denúncia, oferecida por órgão ministerial não legitimado, isto é, sem atribuições constitucionais para a causa (STF – HC nº 77.024/SC; HC nº 68.269/ DF).

Necessário, no ponto, esclarecer a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 83.006/SP, Relatora a ilustre Min. Ellen Gracie, no qual se decidiu pela possibilidade de ratificação de atos decisórios, e, notadamente, o recebimento da denúncia. Posteriormente, nova decisão daquela Corte voltou ao tema, em ementa bastante *equívoca*, ou, quando nada, *ambígua*. Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL P INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO. Tribunal fixara anteriormente entendimento no sentido de que, nos casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados, sendo possível a ratificação dos atos sem caráter decisório. Posteriormente, passou a admitir a possibilidade de ratificação inclusive dos atos decisórios. Precedentes. Agravo regimental a que se nega seguimento" (RE 464894 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 24.6.2008, *DJe*-152 Divulg. 14.8.2008).

Ora, cumpre esclarecer o quanto ali decidido.

Evidentemente, não poderia a Suprema Corte propugnar pelo desconhecimento das atribuições constitucionais do Ministério Público, em caso de incompetência absoluta. Reconhecida esta, o processo deve ser anulado e encaminhado ao órgão ministerial com atribuição para causa. Foi o que ocorreu no julgamento do HC nº 83.006/SP, antes mencionado. Anulados, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral da República, em face de prerrogativa de função do denunciado. Ali, o mencionado órgão *subscreveu* a peça acusatória, ratificando todos os seus termos. Em seguida, foi *ratificado* o recebimento da denúncia.

Cumpre notar, então, que a *ratificação* aqui mencionada era, em verdade, a *reiteração* da acusação, o que dispensava nova elaboração da peça pelo Ministério Público. Do mesmo modo, a ratificação do recebimento da denúncia trilhou o mesmo caminho: *reprodução* do ato anteriormente realizado. Não se pode extrair daqueles julgados o afastamento da nulidade inicial, na medida em que constitui garantia constitucional ser *processado e sentenciado pela autoridade judiciária competente* (art. 5º, LIII, CF). Seria demasiado desrespeito ao devido processo legal

incompatível com as elevadas funções da Suprema Corte. Pergunta: naqueles casos, teria sido interrompida a prescrição com o primeiro recebimento da denúncia, por autoridade judiciária absolutamente incompetente? Certamente que não!

Cabe, então, indagar: seria possível *ratificar* os atos instrutórios em caso de incompetência *absoluta?*

A jurisprudência da Suprema Corte parece caminhar nesse sentido, a partir do julgamento do HC nº 83.006/SP, em 29.8.2003, além das decisões a que acabamos de nos referir.

A questão não é nada simples.

Anote-se, por primeiro, que o efeito imediato da incompetência absoluta é a *anulação de todos os atos praticados*, retrocedendo-se no tempo até a formação da *opinio deliciti*, devendo os autos serem encaminhados ao Ministério Público com atribuição constitucional para a causa.

Com isso, pode ele (a) requerer o *arquivamento* das investigações (relembre-se: o processo é nulo); (b) requerer *novas diligências*, e (c) oferecer denúncia, *mantendo, modificando ou ampliando* a acusação anteriormente apresentada.

Com isso, no caso de nova denúncia – *ratificada* a acusação, nesse sentido –, reabre-se à defesa a possibilidade de modificação de toda a sua estratégia, inclusive podendo indicar provas não requeridas até então.

Advirta-se: não havendo qualquer modificação da acusação; se mantidas as mesmas partes; e, por fim, não havendo qualquer alteração na defesa (seja quanto à prova, seja quanto às teses alegadas), nada impedirá o aproveitamento de atos da instrução, incluindo prova testemunhal. Não se trata de aplicação do art. 567, CPP, mas da convalidação de atos eficazmente produzidos pelas partes.

Não admitir tais provas seria o mesmo que recusar validade *à prova emprestada*, se quando produzida *entre as mesmas partes em outro processo!* A prova, ainda que nulo o processo, pode perfeitamente ser válida, no que toca à legalidade de sua fonte e à regularidade na sua produção.

Em outra linha de argumentação, seria o mesmo que recusar validade às provas

irrepetíveis e antecipadas já produzidas no processo anulado, por vício de incompetência absoluta! Ora, como se sabe, tais provas, mesmo não se submetendo ao contraditório, são reputadas válidas no processo penal brasileiro (e por aí afora, é claro). Outra: acaso as informações constantes do afastamento do sigilo bancário ali determinado (no processo nulo) não poderão ser novamente requisitadas pelo juiz competente? Mais: no caso de *relaxamento* da prisão por incompetência do juízo não pode o outro magistrado, o competente, decretar nova prisão, com base nos mesmos motivos? Responde-se afirmativamente a todas essas indagações! Evidentemente, segundo nos parece.

Por isso, compreende-se e deve-se aceitar a posição da Suprema Corte, embora os fundamentos sejam distintos.

De outro lado, na hipótese de modificação da competência absoluta, isto é, quando um processo estiver em curso e, por motivo de superveniente imposição de foro privativo por prerrogativa de função (exercício de mandato eletivo, assunção de cargo público etc.), por exemplo, não haverá de se falar na necessidade de ratificação de quaisquer dos atos até então praticados. É que os aludidos atos teriam sido praticados pelas autoridades constitucionalmente a tanto legitimadas, seja pela competência (juiz), seja pela atribuição (MP), ao tempo e espaço das respectivas práticas.

O novo foro (privativo, então) limitar-se-ia a dar prosseguimento ao processo, no estado em que ele se encontrar.

Observamos, ainda, não ser necessário o recurso ao expediente por vezes utilizado pela doutrina, no sentido de entender o vício de incompetência absoluta como hipótese de inexistência do processo. A competência de jurisdição é mera distribuição operacional de função pública. Esta, a jurisdição, sempre existirá e se manifestará no processo, a partir do exercício judicante por qualquer de seus órgãos, ainda que material ou territorialmente incompetente.

O reconhecimento da nulidade absoluta parece-nos perfeitamente suficiente como sanção, para gerar as consequências pretendidas com a construção da tese da inexistência. E com outra e relevante vantagem: explica por que razão se poderá

impedir nova persecução penal, pelo mesmo fato, quando alguém for absolvido por sentença passada em julgado, mesmo proferida por juiz absolutamente incompetente. É que atos nulos podem gerar alguns efeitos, como reconhecem todos; atos inexistentes não, como também reconhecem todos.

15.8 Convalidação

As nulidades relativas, conforme já estudamos, têm como característica o fato de se submeterem ao prazo preclusivo, se não arguidas a tempo e modo, ao pressuposto (da lei) de que, assim sendo, não teria havido prejuízo a ser sanado.

A preclusão é, portanto, a regra de convalidação, por excelência, dos atos processuais nulos.

Esses atos serão convalidados desde que não alegados no prazo previsto em lei, consoante se verifica no rol de oportunidades temporais do art. 571 do CPP, cuja referência particularizada nos parece desnecessária.

Nos termos do art. 568, por exemplo, a eventual nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser sanada a qualquer tempo, mediante ratificação dos atos processuais. O dispositivo, que se dirige diretamente à hipótese de irregularidade na representação judicial (capacidade postulatória) ou naquela decorrente de incapacidade (representante do menor e do incapaz), vem sendo aplicado também nas ações públicas condicionadas à representação, quando esta, a autorização para a instauração da ação, é apresentada por quem não poderia legalmente fazê-lo.

Quanto à oportunidade para a arguição do vício, diríamos apenas que a regra é a manifestação por ocasião das alegações finais (art. 571, I, II e VI) em relação às nulidades ocorridas até aquele momento processual. Após a prolação da sentença, as nulidades relativas (e as absolutas, nos casos excepcionais em que deverão ser arguidas para serem conhecidas) devem ser alegadas nas razões de recurso ou na seção de julgamento, se estas não tiverem sido oferecidas, nos termos do art. 571, VII.

Considera-se também sanada a nulidade por vício ou mesmo ausência de citação,

de intimação ou de notificação, nos termos do art. 570 do CPP, "*desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte*". Nesse caso, é de se ponderar, entretanto, sobretudo quando se tratar de vício ou de ausência de citação, que a possibilidade de prejuízo à parte deve ser examinada cuidadosamente, na exata proporção da importância do ato a ser realizado.

Lembramos, no ponto, e por exemplo, que o Pacto de São José da Costa Rica afirma ser direito do acusado "*ser ouvido com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável*", bem como de "tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa" (art. 8º, 1, 2, *c*).

A Lei nº 11.719/08, como vimos, diminuiu sensivelmente as possibilidades de prejuízo à defesa em tais situações, com a necessidade de apresentação de defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias. E não só. O interrogatório, ato de defesa que conta com a participação pessoal do acusado, é o último ato do procedimento de instrução, com o que o comparecimento do réu poderá determinar a reabertura integral de toda a instrução, se e quando nula a citação.

15.9 A casuística do Código de Processo Penal

Restaria, então, analisar algumas das hipóteses expressamente previstas na lei como casos de nulidade. Como muitas delas já foram objeto de apreciação ao longo desta obra e outras tantas não apresentam qualquer particularidade ou complexidade, examinaremos apenas as que podem ter maior relevância.

Tem-se, então, no art. 564 do CPP, que a nulidade ocorrerá nos seguintes casos (a Lei 13.964/19 acrescentou o inciso V, prevendo nulidade da decisão por ausência de fundamentação, conforme os requisitos agora expostos no art. 315, § 2º, CPP):

> "I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz."

É de se registrar apenas o que foi afirmado em relação às hipóteses de vícios

incidentes sobre a imparcialidade do juiz. Embora a lei refira-se unicamente à suspeição e ao suborno, entendemos que também os casos de impedimentos (arts. 252 e 253, CPP) e de incompatibilidades (art. 112, CPP) configuram vícios passíveis de nulidade do processo, sempre que se puder constatar a afetação da imparcialidade do julgador. A imparcialidade é requisito de validade do processo e da própria jurisdição penal. Trata-se de nulidade absoluta, podendo ser reconhecida até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Remetemos o leitor ao Capítulo 10 (Sujeitos do Processo, com destaque para o item 10.2), em que mais se disse acerca do tema.

No que concerne à incompetência do juízo, repita-se apenas que a incompetência absoluta é causa de nulidade igualmente absoluta, por violação ao princípio constitucional do juiz natural.

"II – por ilegitimidade de parte."

Será também caso de nulidade absoluta a violação à regra da titularidade da ação penal, ocorrendo tanto em sede de ação pública quanto de ação privada. Lembramos ainda que mesmo no âmbito do Ministério Público poderá haver caso de ilegitimidade ativa, quando se tratar de denúncia oferecida por órgão a que faltem atribuições constitucionais para o respectivo exercício. É o que ocorrerá, por exemplo, na atuação de membro do Ministério Público Federal em matéria penal estadual, cujas atribuições são do Ministério Público dos Estados.

"III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167."

Eis aqui uma questão bastante interessante. É de se ver, de início, que a ressalva feita ao art. 167 é até desnecessária, tendo em vista que é a própria lei (art. 167) que, expressamente, admite a produção de prova testemunhal quando, em infrações que deixam vestígios, estes tiverem desaparecido.

O apontado dispositivo tem em mira o caso em que os vestígios deixados pela

infração não tenham ainda desaparecido. Seria realmente a anulação do processo a melhor solução?

Pensamos que nem sempre.

Na hipótese, por exemplo, de sentença penal absolutória, havendo recurso do Ministério Público, não vemos como se possa permitir a anulação do julgado, unicamente em razão de inexistência de exame de corpo de delito.

Em primeiro lugar, cumpre observar que o ônus da prova da materialidade e da autoria incumbe ao Ministério Público, órgão estatal responsável pela persecução penal. Não comprovadas estas, por inércia na atuação ministerial, e tendo o juiz de primeira instância se convencido da inexistência de provas suficientes para a condenação, a manutenção da absolvição parece-nos imperativa.

Em segundo lugar, não tendo o Ministério Público cumprido a contento a sua função constitucional, pensamos não ser possível deferir-se ao juiz o exercício supletivo de atividade exclusivamente acusatória. A objeção, de ordem estrutural, funda-se na configuração atual de nosso modelo acusatório de processo, no qual não se pode permitir que o juiz possa exercer funções ou adotar posições nitidamente acusatórias.

De tal perspectiva, parece-nos que a tanto não haverá de chegar a regra do livre convencimento motivado, pela qual se reserva ao juiz a possibilidade da iniciativa probatória não como atividade substitutiva daquela atribuída por lei à acusação, mas apenas quando necessária ao esclarecimento de dúvidas sobre pontos relevantes e controvertidos da prova. É, aliás, o que se encontra no art. 156, II, do CPP. Não havendo, portanto, qualquer dúvida relevante, mas apenas insuficiência da atividade probatória do Ministério Público, o caso é de manutenção da decisão absolutória, e não de declaração da nulidade do processo.

Impõe-se, em tal situação, e de modo singular, a necessidade de se manejar o processo penal como instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado, sobretudo quando se fizer presente a possibilidade de atuação desigual entre as partes. Essa seria exatamente a hipótese desse dispositivo, pois, ao se permitir a anulação da decisão absolutória, o Estado estaria agindo em dupla via acusatória, ou

seja, por intermédio do *parquet* e pela atuação do Judiciário.

> "c) a nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 (vinte e um) anos."

Obviamente, a ausência da defesa técnica, como manifestação da ampla defesa que é, deve acarretar a nulidade absoluta do processo, cabendo, também aqui, tudo quanto já dissemos acerca da deficiência da defesa a que se refere a Súmula 523 da Suprema Corte, quando tratamos do tema alusivo ao acusado e seu defensor, no Capítulo 10, dos Sujeitos do Processo.

Quanto à ausência de defensor por ocasião da instrução e no interrogatório, relembre-se do que também já dissemos sobre o tema (capítulo Das provas), bastando-nos, aqui, registrar que, como se cuida na espécie de meio de defesa, parece-nos necessária a designação de defensor para o acusado. Sobre as eventuais influências do novo conceito de menoridade do Código Civil, remetemos o leitor aos itens 5.7.1 e 5.7.2.1. Não há mais necessidade de curatela para o menor de 21 anos, sobretudo a partir da revogação do art. 194 do CPP (Lei nº 10.792/03).

> "d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública."

O alvo do dispositivo ora abordado é uma certa preocupação específica com a função persecutória. Preocupação, aliás, ontem e hoje, desnecessária, por esse prisma, pois a balança da desigualdade entre as partes no processo penal tende a pender sempre para o lado estatal.

Isso porque a intervenção do Ministério Público nas ações públicas é uma exigência do próprio contraditório, da mesma maneira que se exige a intervenção da defesa em todos os atos processuais em que estiver em disputa o interesse dela. Embora não se possa falar na existência de um princípio da ampla acusação, não se faz necessária uma norma expressa cuidando da proteção dos interesses acusatórios

no desenvolvimento da ação penal, porque assim já o impõe o princípio constitucional do contraditório, e porque já existe outra norma legal no Código de Processo Penal com o mesmo conteúdo e igual suficiência, qual seja, aquela prevista na alínea *e* do inciso III do mesmíssimo art. 564.

O dispositivo faz também referência à ação privada subsidiária da pública, pela simples razão de constituir essa modalidade persecutória uma verdadeira ação pública, com a única diferença de se permitir a iniciativa (oferecimento da peça acusatória, provisória), e uma certa titularidade, também provisória, ao ofendido, no caso de inércia do Ministério Público.

Trata-se de nulidade absoluta, na medida em que impede a participação de uma das partes no processo.

> "e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa."

O processo penal brasileiro não mais se inicia com o interrogatório do réu. A partir da Lei nº 11.719/08, o réu é citado para apresentar defesa escrita no prazo de 10 (dez) dias. O seu interrogatório é o último ato de instrução no atual modelo.

Já se vê, em relação à ausência ou ao vício na citação do acusado, que o próprio Código de Processo Penal cuidou de prever hipótese de convalidação do ato (ou de sua ausência), o que ocorreria pelo seu comparecimento ao interrogatório (art. 570). Inexistindo o comparecimento espontâneo, ocorrerá nulidade absoluta e insanável do processo, por manifesta violação do devido processo legal, na quase totalidade de suas dimensões (ampla defesa, contraditório, igualdade de forças e/ou paridade de armas etc.).

Já a referência expressa à ausência do interrogatório é mais um reforço na direção da tese segundo a qual o referido ato processual constitui verdadeiro meio de defesa, sendo possível a sua realização até mesmo após a prolação da sentença, nos termos do art. 616 do CPP. A não realização injustificada do interrogatório, isto é, a não renovação do ato quando o réu não tiver comparecido a ele por motivo justificado, é causa de nulidade absoluta do processo, por cerceamento de defesa. Não tendo o réu

comparecido à audiência e ao interrogatório por vontade própria, no exercício de seu direito ao silêncio, não se exige a repetição deste último ato, como parece óbvio.

Do mesmo modo, a falta de intimação ou ainda a supressão de prazos para as partes serão também causa de nulidade absoluta do processo, sobretudo em relação à defesa, em face do princípio da ampla defesa. Vale ainda relembrar que a impossibilidade da revisão *pro societate* impediria a anulação de processo com sentença já passada em julgado, quando absolutória a decisão.

"f); g); h); i); j); etc."

Pensamos não ser necessária uma abordagem específica das demais situações de nulidades descritas no art. 564 do CPP, tendo em vista ser possível enquadrá-las, para fins de identificação do tratamento cabível, nas demais hipóteses já analisadas, quando não se cuidar de ausência expressa de requisitos de validade do processo ou até mesmo de condições da ação, tal como é o caso da ausência de denúncia ou queixa, de representação (na ação pública condicionada) (a), da sentença (sic) de pronúncia, da presença de pelo menos 15 jurados para a constituição do júri (i), dos quesitos e as respectivas respostas (k), o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido (n) etc. Neste último caso, o reexame necessário, impropriamente chamado de recurso de ofício, será condição de eficácia da sentença ou da decisão.

Como se percebe, a casuística anteriormente apontada reúne hipóteses de atos nulos e também de inexistência de determinados atos processuais, cuja consequência, em regra, será a mesma: a invalidade ou a ausência de quaisquer efeitos jurídicos.

CAPÍTULO 16

Dos Recursos

16.1 Teoria dos recursos

Repetiremos aqui o que já afirmamos anteriormente, no início do estudo relativo à teoria da prova (item 9.1). Toda teoria, do ponto de vista rigorosamente científico, há de ser geral, em relação ao seu objeto de pesquisa. Não pode haver uma teoria parcial. O que normalmente se denomina teoria geral dos recursos é, em verdade, uma teoria acerca dos aspectos gerais dos recursos, ou uma teoria dos recursos em geral. É por isso que faremos referência apenas a uma teoria dos recursos.

No âmbito da atividade jurisdicional, há duas perspectivas com as quais se pode elaborar uma teoria dos recursos.

A primeira, do interesse do Estado no controle dos atos (jurisdicionais) por ele praticados, quando irá revelar-se público, se a orientação for pela preocupação com a qualidade e a regularidade da atividade jurisdicional.

A segunda, vista do ângulo dos interesses dos jurisdicionados, ou seja, das partes que se submetem às decisões e aos demais atos processuais da jurisdição.

Na segunda hipótese, em que a perspectiva adotada dirige-se mais aos interesses das partes, os recursos se prestariam também a uma revisão das decisões judiciais, mas já então sob justificação distinta, a saber: a da amplitude da defesa.

Se é verdade que em um Estado de Direito o reconhecimento das nulidades, ilegalidades ou injustiças das decisões judiciais deveria ser sempre uma preocupação de todos e do próprio órgão estatal, não menos verdadeiro é o fato de que a jurisdição, enquanto Poder Público, deve atender às expectativas de solução dos conflitos a ela encaminhados. A jurisdição deve, no caso concreto, dizer o direito. E é até possível que, ao fazê-lo, não sejam efetivamente resolvidas as pendências (individuais, coletivas: sociais) instaladas entre os litigantes. Mas tal fato jamais poderá ser debitado à conta da ausência da função jurisdicional, pois, quando isso acontecer, não é mais de um Estado de Direito que estaremos falando.

Há, então, inúmeras considerações a serem feitas por ocasião do estabelecimento de um sistema recursal.

Quanto maior o número de recursos, por exemplo, maior a possibilidade de um amplo exercício do direito ao processo, do direito à proteção da Justiça, da tutela do direito, enfim. Em contrapartida, muito mais morosa será a atividade jurisdicional, com a ampliação dos riscos inerentes a uma Justiça ineficiente. Em matéria processual penal, então, a necessidade de sopesamento dos interesses em uma e outra direção é ainda mais relevante, diante da natureza dos valores postos em disputa. Nesse campo, segundo nos parece, a liberdade individual ameaçada pela sanção penal deve prevalecer sobre a busca da realização de uma Justiça célere e ágil.

Não há como negar que é exatamente essa tensão entre interesses igualmente relevantes, e aparentemente inconciliáveis, a fonte do disposto no art. 103-A, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04, a instituir a chamada súmula vinculante. São estes os seus termos:

"O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista em lei."

A Lei nº 11.417/06 alterou as disposições da Lei nº 9.784/99, dispondo sobre a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmulas vinculantes, deixando,

ainda, expressamente consignado que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal poderá ser também aplicado, subsidiariamente (art. 10).

Há muito a se dizer sobre a aludida medida. No entanto, para os fins deste trabalho, nos limitaremos a enfocar apenas a questão relativa ao processo penal.

Veja-se, primeiro, que, embora a referência feita no dispositivo seja a de vinculação dos órgãos públicos, é óbvio que também os particulares estarão submetidos ao comando das súmulas, na medida em que, tal como as leis, elas serão aplicadas a todos os casos concretos encaminhados à Justiça. Assim, também as expectativas individuais, em relação a todos os atos que possam gerar consequências jurídicas, haverão de contemplar a normatização das súmulas. Aliás, também como as leis, as súmulas têm prazo certo de exigibilidade (data da publicação).

Conforme se especifica no § 1º do citado art. 103-A, a súmula vinculante terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Há inegáveis vantagens. Em matéria tributária, por exemplo, a decisão acerca da constitucionalidade e/ou da inconstitucionalidade de determinado tributo resolverá inúmeras pendengas com o mesmíssimo objeto, sem quaisquer implicações acerca da eventual necessidade de comprovação de fatos. Matéria exclusivamente de direito, pois.

Alertávamos, em nota à edição anterior, que o processo de *sumularização* – duvidamos, sinceramente, da existência de semelhante palavra – em matéria penal e processual penal poderia se revelar inconveniente, na medida em que a Justiça acabaria por tender à massificação da realidade dos fenômenos do dia a dia, pondo em risco as especificidades de cada caso concreto.

O risco, então, é que o comando normativo – e é *normativo* mesmo, embora não devesse sê-lo! – da súmula não se ponha como obstáculo à compreensão das inevitáveis diferenças das circunstâncias pessoais de cada réu, o que, em processo penal, faz toda a diferença.

Há, nesse ponto, um argumento ainda mais consistente, por que atinente a texto expresso da Emenda, e, sobretudo, à lógica da instituição das súmulas. Observe-se que o art. 103-A refere-se à vinculação dos órgãos públicos. Sendo assim, que a súmula seja a eles endereçada e, de modo especial, aos órgãos persecutórios. É o que esperamos.

Assinale-se, ainda, que a legitimação para a provocação quanto à aprovação, à revisão e ao cancelamento de súmula é garantida também àqueles com iniciativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, § 2º).

E mais: praticado ato administrativo ou decisão judicial contrária à sumula, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal (§ 3º).

Por fim, uma importante observação: nos termos do disposto no art. 8º da EC nº 45/04, as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após a sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial. Como não poderia deixar de ser.

De volta aos recursos e ao sistema recursal, renova-se a preocupação com a efetividade do processo, que não pode ultrapassar os limites das garantias individuais. Por isso, é conveniente que se estabeleçam em lei, e de preferência até na Constituição, os limites de revisão das decisões judiciais.

Nesse ponto, o nosso art. 5º, já repleto de garantias individuais de índole processual, não deixou por menos: no inciso LV, garante-se aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.

A exigência constitucional não deixa margem a dúvidas: como regra, é direito de toda pessoa submetida a processo penal obter nova decisão sobre a matéria de seu interesse. E por nova decisão estamos nos referindo a uma decisão que substitua aquela impugnada na via recursal. A substituição será total, ainda que a decisão reformada seja mantida parcialmente.

É de se ver que a palavra *reforma*, tal como normalmente utilizada na prática judiciária, tem o sentido mais de sua acepção vernacular geral (de alteração, modificação) do que propriamente jurídico. A decisão de segunda (ou de outra

instância) sempre substituirá a reformada ou a mantida, nos limites em que se deu a impugnação recursal, pela razão de se tratar de novo julgamento. A parte da qual eventualmente não se tenha recorrido não será substituída, porque, em relação a ela, ter-se-iam estendidos os efeitos da eficácia preclusiva da coisa julgada.

É possível também que, com o recurso, pretenda-se não a reforma da decisão, ou a sua substituição pelo órgão de instância superior, mas, sim, a sua anulação. Nesse caso, quando se tratar de alegação de nulidade do processo ou da decisão, o que ocorrerá é a sua desconstituição, a reclamar a renovação do ato na mesma instância recorrida.

Embora se trate de direito (às vias recursais), a lei poderá estabelecer alguns condicionamentos desse direito, como logo veremos. Por ora, deixemos assentado: o duplo grau de jurisdição integra o exercício da ampla defesa, como uma de suas manifestações, e, mais, diríamos nós, uma de suas manifestações mais importantes.

Como adiante se verá, a garantia do duplo grau não é a única que se prevê para o controle de legalidade e de Justiça das decisões judiciais penais. Em relação à possibilidade de demonstração da inocência do acusado, nosso ordenamento nem sequer impõe limites temporais, tendo em vista a existência da ação de revisão criminal e mesmo do *habeas corpus*, manejáveis ainda que já passada em julgado a sentença condenatória. Nesses casos, todavia, não se cuidará de recurso, mas de ações autônomas de impugnação, pois a legislação brasileira reserva àquele a função de impugnação, exclusivamente, de decisões ainda não transitadas em julgado.

Possível também a interposição de recurso via *fax* ou outro meio similar, nos termos do disposto na Lei nº 9.800/99. Segundo o art. 2º da referida lei, a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais serem entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu que o termo inicial do quinquídio legal é a data prevista em Lei para o encerramento do prazo recursal, sendo irrelevante a circunstância de a petição ter sido transmitida via *fac-símile* antes do fim desse lapso. Note-se que a

jurisprudência anterior naquele Tribunal era em outra direção; o prazo de cinco dias começava a correr no dia seguinte ao momento do envio da petição ou recurso. Assim, se o prazo recursal fosse de dez dias e a interposição do recurso ocorresse no segundo (dia), restariam outros sete (dias) para a apresentação dos originais, sob pena do seu não conhecimento do recurso. Nesse sentido:

"1. Ao disciplinar o termo inicial do prazo para a entrega dos originais, quando o ato processual é praticado por fac-símile, o texto normativo distinguiu duas situações, dando a cada uma delas tratamento distinto: (a) a dos atos cuja prática está sujeita a prazo predeterminado em lei e (b) a dos atos sem prazo predeterminado. Quanto à primeira, prevista no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.800/99, o prazo de cinco dias para entrega dos originais tem início no dia seguinte ao do termo final do prazo previsto em lei, ainda que o fac-símile tenha sido remetido e recebido no curso desse prazo; e quanto à segunda, disciplinada no parágrafo único do mesmo artigo, o prazo para entrega dos originais tem início no dia seguinte ao da recepção do fac-símile pelo órgão judiciário competente" (AgRg nº 640.803/ RS Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 20.2.2008).

16.1.1 Princípios

16.1.1.1 O duplo grau

A exigência do duplo grau de jurisdição, enquanto garantia individual, permite ao interessado a revisão do julgado contrário aos seus interesses, implicando o direito à obtenção de uma nova decisão em substituição à primeira.

Para que se possa falar rigorosamente em duplo grau, porém, é preciso que a revisão seja feita por outro órgão da jurisdição, hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional. Não é o caso, por exemplo, do juízo de retratação que poderá ocorrer no recurso em sentido estrito e no agravo de execução, ou ainda a revisão decorrente dos embargos declaratórios. Nesses casos, a substituição da decisão será feita pelo mesmo órgão responsável pela prolação da decisão então impugnada.

Com a exigência de revisão por órgão colegiado, permite-se que a matéria, de fato e de direito, possa ser analisada por um número maior de juízes, cuja formação (no que se refere aos membros dos tribunais), em regra, exibe maior experiência judicante. Assim, embora possa parecer inconveniente a possibilidade de se permitir o reexame da matéria de fato por quem não participou pessoalmente da instrução

criminal (imediatidade da prova), parece-nos que o proveito vale o risco. E não é só: nas decisões fundadas em provas exclusivamente documentais ou periciais, o contato direto com elas na fase de sua produção não parece decisivo para a formação do convencimento judicial, com o que, pelo menos ali, o apontado risco não se faria presente.

É importante salientar, porém, que a exigência do duplo grau não alcança a instância extraordinária, isto é, aquela cuja provocação ocorre por meio de recurso extraordinário e/ ou recurso especial. A justificação de tais recursos é distinta daquela do duplo grau. A jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumprem outra missão, qual seja, a da tutela, pela via difusa, da unidade da Constituição e da legislação infraconstitucional, respectivamente.

Assim, em uma ação penal da competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso ordinário cabível. O referido órgão colegiado, nessas situações, estará atuando diretamente sobre as questões de fato e de direito, realizando, então, a instrução probatória e o julgamento. Estará garantido, portanto, o reexame da matéria por mais de um único juiz (a pluralidade da decisão, pois), sobretudo quando a competência para o julgamento for atribuída, no respectivo Regimento Interno, ao Plenário do Tribunal. De todo modo, o afastamento da exigência do duplo grau em tais casos decorreria da própria Constituição.

Excepcionalmente, também o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça exercerão jurisdição ordinária recursal, ao julgarem determinadas causas em recurso ordinário, tal como previsto no art. 102, II, *a* e *b*, bem como no art. 105, II, *a*, *b* e *c*, da Constituição da República. Em matéria penal, que é a que nos interessa, a hipótese seria a de julgamento de crimes políticos (STF) e de decisão denegatória de *habeas corpus* na instância imediatamente inferior a cada um deles. Se concessiva a ordem, somente serão cabíveis, e se for o caso, os recursos de natureza extraordinária (recurso especial e extraordinário).

16.1.1.2 A voluntariedade dos recursos

Antes de qualquer outra consideração, cumpre distinguir: embora o Código de Processo Penal faça referência ao recurso de ofício, a revisão das decisões a ele submetidas somente será possível pela via do reexame necessário. Para que houvesse recurso (e, então, de ofício), seria necessário atribuir-se ao juiz iniciativa penal, o que não mais ocorre em nosso ordenamento.

A distinção é rica em consequências, como veremos. Afastada a iniciativa penal do juiz, somente a presença de interesse público relevante poderá justificar o reexame obrigatório de algumas decisões judiciais. E para que esse se manifeste, também será preciso interpretar as disposições do Código de Processo Penal no mesmo compasso dos princípios constitucionais do sistema processual da Carta de 1988.

Em apenas três situações, o atual Código de Processo Penal condiciona a validade da decisão judicial ao reexame da matéria pelo órgão de hierarquia superior. O dado comum a todas elas é veicularem decisões contrárias aos interesses das funções acusatórias e/ou persecutórias.

As situações são as seguintes:

a) da decisão concessiva de *habeas corpus* (art. 574, I);
b) da decisão absolutória e de arquivamento de inquérito, em processos de crimes previstos na Lei nº 1.521/51 (crimes contra a economia popular), conforme previsto no art. 7º da citada lei;
c) da decisão que conceder a reabilitação (art. 746, CPP).

Havia uma quarta, já revogada pelas atuais regras do júri, relativamente ao reexame necessário da absolvição sumária naqueles procedimentos (antiga redação do art. 411, CPP), que atualmente é hipótese de *apelação* (art. 416 do CPP, na redação atual).

Não há como aceitar a vigência de quaisquer uma delas, dentro de um contexto normativo garantista, e em cujo interior se reserva ao Ministério Público a

titularidade da ação penal pública. No sistema do Código de Processo Penal de 1941 a medida era compreensível, já que até mesmo a iniciativa de instauração da ação penal era reservada ao juiz. Então, se ele podia propor a ação penal (em alguns casos, como já vimos), o que dizer do tal recurso de ofício? Mas da perspectiva do reexame necessário, não há como aceitá-las.

Com referência à decisão concessiva da ordem de *habeas corpus*, o problema não se coloca com a mesma intensidade, já que, uma vez concedida a ordem, o acusado deve ser posto imediatamente em liberdade (art. 660, § 1º, CPP). Não obstante, a imposição de reexame necessário não se sustenta em nenhuma justificação racional, encontrando-se, na verdade, presa ao espírito autoritário do Código de 1941. Poder-se-ia alegar que a ausência de previsão legal para a participação do Ministério Público nas ações de *habeas corpus* impediria a sua manifestação recursal, facilitando, assim, a posição do acusado em relação aos interesses da persecução penal.

Ora, ainda que assim fosse, a solução aqui aventada não mereceria qualquer reparo. Em processo penal, deve-se trabalhar, sempre, com a ideia de inocência do aprisionado, cuja restrição da liberdade somente se legitima a partir da identificação de razões cautelares para o encarceramento provisório. A regra é, pois, a liberdade, e não a prisão. E se assim é, cumpre aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal a demonstração da necessidade de imposição de qualquer medida cautelar pessoal, e, com redobradas razões, a prisão. Por isso, é a eles que deve competir a iniciativa da revisão da sentença concessiva da liberdade.

Nesse sentido, e por que a concessão da ordem de liberdade será sempre notificada à autoridade que tiver ordenado a prisão ou que tiver o paciente (o preso) à sua disposição (art. 660, § 5º), o Ministério Público dela conhecerá inevitável e imediatamente (o citado art. 660, § 5º, CPP, fala em comunicação incontinenti), seja no curso de inquérito policial, seja já no curso de ação penal. Assim, ele poderá interpor o recurso em sentido estrito (art. 581, X, CPP), se entender necessário e cabível.

No que se refere, então, à decisão absolutória e de arquivamento de inquérito em

processos relativos aos crimes previstos na Lei nº 1.521/50 (crimes contra a economia popular), não temos a mínima dúvida quanto à revogação da apontada exigência pela ordem constitucional de 1988.

Em primeiro lugar, porque ainda que a referida lei mantenha vigentes algumas de suas disposições, o fato é que a matéria relativa aos crimes contra a economia popular encontra-se regulada na atual Lei nº 8.137/90, na qual não se previu qualquer exigência de reexame necessário.

Em segundo lugar, e é quanto basta, a referida decisão absolutória é proferida no curso de ação penal condenatória, proposta, em regra, pelo Ministério Público, sendo este o único legitimado a renovar o pedido de condenação perante a instância de segundo grau. Sendo ele participante ativo do processo, por que razão se exigiria o reexame necessário? No caso de decisão de arquivamento, é de se notar que ela pressupõe requerimento expresso do próprio órgão da acusação. Ora, reexame *do que e por que*, então?

Por fim, quanto à última hipótese de reexame necessário, também a decisão concessiva da reabilitação se enquadraria nas duas últimas (concessiva de *habeas corpus* e absolutória nos crimes de economia popular), quanto ao fundamento de sua inviabilidade. Para além do absurdo da só previsão de uma norma nesse sentido, basta ver que o Ministério Público, ao qual, em tese, poderia interessar a não reabilitação, é regularmente intimado da aludida decisão (art. 745, CPP), podendo, assim, interpor o recurso de apelação (tendo em vista tratar-se de decisão com força de definitiva).

E mais: qual o interesse público em se reexaminar a situação jurídica de um condenado, com os rigores do duplo grau, se a própria decisão de condenação a tanto não se sujeita?

De tudo quanto se disse, deve-se atentar, porém, para o fato de que a jurisprudência majoritária de nossos tribunais é em sentido contrário ao que sustentamos.

Todavia, há vozes discordantes da apontada jurisprudência, e esperamos que cada dia mais esse número aumente, tendo em vista que a matéria, ao fim e ao cabo, reduz-

se à definição do modelo de processo que se está defendendo: o sistema do Código de Processo Penal de 1941, por aqueles fiéis à exigência de reexame necessário nos casos anteriormente mencionados, ou o sistema constitucional, em sentido e direção radicalmente opostos (à exceção da absolvição sumária). Mirabete arrola diversos julgados alinhados ao primeiro entendimento, ao qual ele próprio se filia (2001, p. 1.528). E, no sentido contrário, do segundo entendimento: TAMG (RT nº 637/296-7); TACRSP: *RT* nº 601/347, nº 603/352; RJDTACrim nº 4/205-6, nº 13/202, nº 203 e nº 206.

Por fim, é de se ver que a consequência jurídica do não atendimento ao reexame necessário é gravíssima; a decisão não produzirá efeitos, enquanto não confirmada em segunda instância, à exceção da imediata colocação do réu em liberdade, nos casos de absolvição sumária e do *habeas corpus*.

Apreciadas, então, as exceções, passemos ao exame da regra geral: os recursos são voluntários, a depender da manifestação de vontade dos interessados na reforma ou na anulação do julgado (art. 574).

16.1.1.3 A unirrecorribilidade

Como regra, para cada decisão, será cabível um único recurso. O princípio, na verdade, busca atender às exigências de operacionalidade do sistema recursal, evitando a acumulação de impugnações sob o mesmo fundamento.

Assim, por exemplo, o art. 593, § 4º, do CPP dispõe que "*quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra*".

Referido dispositivo cuida da possibilidade de a decisão judicial final conter disposições tipicamente interlocutórias, como aquelas previstas no art. 581, V (deferimento, indeferimento ou substituição de medidas cautelares pessoais, concessão (aplicação) de liberdade provisória, relaxamento de prisão etc. – a partir, naturalmente, da Lei nº 12.403/11), ao lado do provimento de mérito, sujeito à apelação. Assim, a parte deverá interpor unicamente o recurso de apelação, no qual

incluirá também a matéria objeto da decisão de conteúdo interlocutório.

Há, porém, exceções, vinculadas à natureza da decisão e da coincidência, ou não, do órgão competente para a revisão, como ocorre com a interposição concomitante de recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, e de recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, quando presentes os requisitos de cabimento de um e outro.

Outra exceção: tratando-se de sucumbência recíproca, poderá ocorrer a interposição de recursos distintos, manejados, porém, por partes também distintas, como ocorre, por exemplo, em relação à possibilidade de interposição concomitante de recurso ordinário (art. 102, II, *a*; art. 105, II, *a*, CF), pela defesa, e de recurso especial ou extraordinário, pela acusação.

Também no caso de embargos infringentes, em concomitância com o recurso extraordinário e/ou o especial, quando houver decisão unânime em relação à parte do julgado, e por maioria em relação a outra (embargável, pois). Neste último caso, lembram Grinover, Gomes Filho e Fernandes que cada capítulo da sentença seria objeto de um recurso distinto, não configurando, com isso, exceção ao princípio da unirrecorribilidade (2001, p. 36).

Podemos até concordar com a conclusão de não se tratar, rigorosamente, de exceção ao princípio da unirrecorribilidade. Mas não pelo fato de constituir cada capítulo da decisão um objeto específico para recursos distintos. Se fosse assim, também a interposição conjunta de recurso especial e de recurso extraordinário poderia, em tese, configurar impugnações a capítulos distintos da decisão, e, assim, do mesmo modo, não caracterizar exceção ao citado princípio.

Parece-nos que o que deve ser decisivo na questão da unirrecorribilidade é a identificação da presença dos motivos de justificação da existência do princípio. E nesse ponto (da simplificação e operacionalização do sistema recursal), o que não constituiria exceção ao princípio, rigorosamente falando, seria apenas a hipótese de interposição de recursos distintos por partes também distintas, sobre o mesmo julgado. A questão, todavia, não oferece relevância prática, tendo em vista que não se discute a possibilidade da concomitância das referidas impugnações recursais.

16.1.1.4 A fungibilidade dos recursos

Trata-se da possibilidade do conhecimento dos recursos pelo órgão de revisão (competente para o seu julgamento), independentemente do acerto quanto à modalidade recursal prevista na lei. Nunca é demais lembrar: processo é meio, e não o fim do direito. Eventuais dificuldades na identificação do recurso cabível não devem conduzir à sua rejeição, sem o exame cuidadoso do caso concreto.

Diz o art. 579 do CPP que, salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso pelo outro, devendo a autoridade judicial mandar processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível (parágrafo único).

O problema da má-fé é de dificílima comprovação judicial. Cuida-se, de fato, de questão localizada exclusivamente no plano subjetivo da intencionalidade. Por isso, a jurisprudência dos tribunais (STF – *RTJ* nº 92/123), cuja tarefa é a da aplicação do direito, ora com maior, ora com menor preocupação teórica, tratou de estabelecer um critério objetivo para o acolhimento do princípio da fungibilidade: a observância, concreta, da tempestividade da impugnação oferecida. Aceita-se, sim, um recurso pelo outro, desde que observado o prazo do recurso legalmente cabível.

Na prática, pois, o campo de aplicação do mencionado princípio não é tão amplo, dadas as dificuldades já mencionadas acerca da caracterização de uma situação de má-fé. Quando o erro resultar de *equívoco mesmo*, isto é, de boa-fé, o recorrente estará na dependência de que o prazo do recurso legalmente cabível, a juízo dos tribunais, seja o mesmo daquele por ele manejado. Do contrário, não se aplicará a fungibilidade.

As observações que acabamos de fazer não devem ser interpretadas como depreciativas do entendimento jurisprudencial já assinalado. Não são. O estabelecimento de um critério objetivo e rígido para a aplicação do princípio da fungibilidade é perfeitamente aceitável, e mesmo necessário. Todavia, não se poderá perder de vista a existência do princípio em nosso ordenamento, já que previsto expressamente em lei. Aceita essa existência, a definição de seus contornos poderá comportar a adoção de um critério geral, objetivo, mas, também de outro, mais

flexível, e por isso excepcional.

Com isso se poderá permitir a sua utilização em casos específicos, mesmo quando interposto fora do prazo, quando puder ser demonstrada a boa-fé do recorrente, diante da eventual complexidade da matéria. Um exemplo: na hipótese de interposição de agravo de execução (art. 197, LEP), qual o rito procedimental cabível? O de agravo de instrumento do Código de Processo Civil por analogia (já que inexistente rito específico no Código de Processo Penal ou na Lei de Execução Penal), ou o recurso em sentido estrito (art. 581, CPP)? A escolha de um ou de outro implicará a adoção de prazos diferentes.

16.1.1.5 A vedação da *reformatio in pejus*

O que vem expresso no art. 617 do CPP, relativamente ao recurso de apelação, é também aplicável a todas as modalidades de impugnações recursais, constituindo o relevante princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Pelo princípio, é vedada a revisão do julgado da qual resulte alteração prejudicial à situação do recorrente. Em outras palavras: a reforma para pior.

Há várias maneiras de se pretender justificar a adoção do princípio. A nosso juízo, todas elas podem ser resumidas em uma única: a vedação da *reformatio in pejus* outra coisa não seria que uma das manifestações da ampla defesa.

Com efeito, a garantia do duplo grau, como conteúdo da ampla defesa, deve abranger também a garantia da vedação da *reformatio in pejus*. O risco inerente a todas as decisões judiciais poderia ter efeitos extremamente graves em relação ao acusado, no ponto em que atuaria como fator de inibição do exercício do direito ao questionamento dos julgados.

Aquele que vislumbrasse a possibilidade de piora de sua situação, pela apreciação do recurso por ele interposto, certamente a tanto não se animaria, tendendo a se conformar com a sentença condenatória, mesmo quando inocente.

Há, pois, manifesto interesse público na afirmação do princípio, contido implicitamente na norma constitucional assecuratória da ampla defesa e inserido no

contexto das garantias individuais previstas na Constituição da República.

Nesse sentido, o que alguns autores denominam *reformatio in mellius*, que consistiria na alteração favorável da situação do réu em recurso exclusivo da acusação, seria perfeitamente possível, pela ausência de qualquer obstáculo de índole constitucional. De fato, não há de se falar em ampla acusação e tampouco em prejuízo para os interesses da persecução penal, na decisão que favorece o acusado. Nunca é demais lembrar: ao Estado, e a toda a sociedade, interessa (e deve interessar), na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente.

De tal perspectiva, nada justifica a vedação da *reformatio in mellius*, que na verdade será sempre *in pejus* para a acusação (recorrente). Não há sequer norma legal expressa nesse sentido, como há, por exemplo, em relação à reforma prejudicial ao acusado (art. 617, CPP). O argumento do respeito aos limites objetivos do recurso (vinculação do tribunal ao pedido expresso contido no recurso), por vezes utilizado, *data venia*, é insustentável.

Primeiro, porque reduzido a uma principiologia de natureza exclusivamente infraconstitucional, que não pode ser oposta aos princípios constitucionais aqui apontados. Segundo, porque o Estado, em uma ordem de Direito, por quaisquer de seus órgãos, e em qualquer fase ou momento processual, tem o dever da correta aplicação da lei penal, a partir do convencimento judicial nesse sentido. Terceiro, porque o próprio ordenamento permitiria a revisão do julgado em favor do acusado, em sede de *habeas corpus* de ofício ou até por meio de revisão criminal. Ora, se assim é, por que não o permitir desde logo?

Já em favor da acusação, nem mesmo eventual nulidade do processo lhe socorrerá se não alegada em recurso. Súmula 160 do STF: "*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*".

Tratando-se de procedimentos da competência do Tribunal do Júri, a jurisprudência da Suprema Corte ressalvava a prevalência da soberania dos jurados, de modo a não se aplicar ali a vedação da *reformatio in pejus*. No entanto, a 2ª Turma do STF, HC nº 89.544/RN, julgado em 14.4.2009, Rel. o Min. Cezar Peluso

decidiu em sentido contrário, fazendo prevalecer, acertadamente, o princípio da ampla defesa (e, em consequência, da proibição de *reforma para pior*). Remetemos o leitor ao respectivo tópico (item 15.4).

Quanto à proibição da chamada *reformatio in pejus* indireta, por meio da qual, no caso de anulação da sentença, por qualquer vício (à exceção da incompetência absoluta, quando ela é incabível), a nova decisão não poderia superar a condenação imposta anteriormente. Ver item 15.4.

Ressalte-se que há jurisprudência (STF, RHC 119149/RS, Rel. Min. Dias Toffoli 10.02.2015) afirmando que não há *reformatio in pejus* quando o tribunal adota novos fundamentos para a condenação em sede de recurso exclusivo da defesa, desde que não haja aumento na reprimenda fixada na sentença. Discordamos, todavia, da *substituição* das circunstâncias judiciais na dosimetria, tal como fez o mesmo tribunal no HC nº 126.457/PA, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 06.11.2018. Ora, se o juiz avaliou negativamente algumas das circunstâncias e *não o fez* em relação a outras, não pode a instância revisora valorar de forma negativa as segundas, em se tratando de recurso exclusivo da defesa, ainda que não haja aumento na dosimetria da reprimenda. Ora, uma coisa é acrescentar fundamentação, outra é avaliar negativamente uma circunstância *que havia sido valorada positivamente* na instância originária. Aqui, a *reformatio in pejus* ressoa evidente.

Por fim, merece registro recente decisão do Superior Tribunal de Justiça rejeitando a possibilidade de recurso especial *adesivo* interposto pelo Ministério Público, no qual constava pedido em desfavor do réu. Ora, se não bastasse a potencial e evidente *reformatio in pejus* que estaria se autorizando caso aquele recurso fosse conhecido, é de se criticar a atuação do *parquet*, totalmente desvinculada da posição que deveria sustentar. A interposição de recurso para o fim de agravar a situação do condenado é e não pode deixar de ser absolutamente desassociada do conformismo ou não deste com a pena.

16.1.2 Regras: suplementaridade, complementaridade e outra

Alguns autores arrolam, entre os princípios atinentes aos recursos, o da suplementaridade e o da complementaridade (GRINOVER; GOMES FILH FERNANDES, 2001, p. 38-39), bem como o da taxatividade.

Em relação a este último (da taxatividade), pensamos que essa é uma característica inerente ao sistema recursal, dispensando maiores considerações. Os recursos, como visto, são meios de impugnação de decisões judiciais ainda não transitadas em julgado. A previsão de cada um deles implicará a definição de seu cabimento, em atenção à necessidade de prosseguimento da marcha processual. Por isso, pensamos que tal classificação dos recursos não apresenta uma validade científica mais significativa.

No que se refere às decisões interlocutórias, porém, a taxatividade, como regra, pode ser bastante útil, a partir da constatação da existência de decisões interlocutórias passíveis de recurso, e de outras, não sujeitas à preclusão por ausência de arguição oportuna. Ali, como regra particular, e não como princípio, a taxatividade merecerá registro.

Mas talvez por isso mesmo, ou melhor, aí mesmo, é que perceberemos que a questão da taxatividade dos recursos não pode constituir obstáculo ao exercício da ampla defesa, na medida em que se perceba e se constate a superação do antigo Código de Processo Penal por inúmeras leis a ele posteriores, e nas quais foram criadas novas decisões interlocutórias, que, tais como as mistas, reclamem impugnação pela mesma via (do recurso em sentido estrito – art. 581, CPP).

Fala-se, ainda, em complementaridade dos recursos quanto à possibilidade de integração da impugnação já oferecida, se houver mudança na decisão judicial, seja para correção de erro material, seja em razão do acolhimento de outro recurso, em que seja possível o juízo de retratação. Nesse caso, o que ocorrerá é praticamente a renovação do prazo recursal para a apresentação de novo recurso, adequado às modificações operadas na nova decisão. A matéria sobre a qual não se estender a alteração do julgado não poderá ser objeto de nova impugnação, daí por que se falar apenas em complementaridade.

Por suplementaridade ou suplementação dos recursos deve-se entender a

possibilidade de renovação da iniciativa recursal já manifestada. É dizer: como regra, proferida a decisão e uma vez interposto o recurso contra ela, argumenta-se que teria havido preclusão consumativa das vias recursais, suficiente para acarretar a perda da faculdade processual já exercida (ou seja, a interposição de novo recurso). Entretanto, tal não ocorrerá quando, para a aludida decisão, for cabível mais de uma modalidade recursal, caso do recurso especial e do extraordinário, por exemplo.

16.1.3 Disponibilidade

Como contrapartida ao princípio da voluntariedade dos recursos, tem-se também que a parte recorrente poderá desistir do recurso já aviado. Por óbvio, a regra da disponibilidade do recurso somente existirá onde houver também disponibilidade quanto à atuação no processo.

Para o Ministério Público, vinculado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, existe norma específica vedando a possibilidade de desistência do recurso interposto (art. 576, CPP). E qual seria a razão de semelhante dispositivo se não existe, ao seu lado, a obrigatoriedade do recurso?

A indisponibilidade que vige para o Ministério Público é mera consequência do princípio geral da obrigatoriedade. Do mesmo modo que a obrigatoriedade não se exaure com o só oferecimento da denúncia, não se exaurirá também em qualquer outro momento do processo. É claro que a obrigatoriedade não exige que o *parquet* requeira a condenação do acusado, se convencido em sentido contrário. Mas exige que o processo, uma vez iniciado por obra e graça do próprio Ministério Público, chegue ao seu termo.

Do mesmo modo, o *parquet* não é obrigado a recorrer. Aliás, ele pode até recorrer em favor do réu. No entanto, uma vez interposto o recurso, a *opinio delicti* deve ser encaminhada ao órgão recursal, por força da mesma obrigatoriedade. Daí a vedação da desistência imposta ao MP.

No que se refere à desistência do recurso interposto pela parte, cumpre analisar a hipótese de eventual conflito entre a vontade do réu e o entendimento (de fato e de

direito) de seu defensor.

Normalmente, afirma-se que a decisão sobre a divergência deve pender para o lado do defensor, em razão de seus conhecimentos técnicos, e de modo a priorizar a manifestação defensiva.

Do ponto de vista teórico, nada a objetar. Mas, na prática, quando se tratar de réu já preso, poderá ocorrer que o início do efetivo cumprimento da pena em regime penitenciário se revelará mais vantajoso para o acusado. Assim, a desistência do recurso interposto permitiria o início da execução da pena, no curso da qual ele poderia fazer uso de alguns benefícios ali previstos.

Pensamos que somente o exame de cada caso concreto é que poderá permitir a ponderação acerca das vantagens e/ou desvantagens decorrentes de um início de execução penal (e, assim, da desistência do recurso interposto), a depender das condições pessoais do réu e das possibilidades concretas de provimento do recurso aviado.

16.1.4 Efeitos dos recursos

16.1.4.1 Efeito suspensivo

O provimento judicial final, como regra, após a publicação, tem sua eficácia diferida (adiada) por tempo certo, destinado à impugnação dos interessados. Não nasce produzindo todos os efeitos nele contidos. A decisão, costuma-se dizer, já estaria condicionada, desde o seu início, à determinada *vacatio*. Não interposto o recurso no prazo certo, ela passaria a gerar todos os seus efeitos, apresentando, portanto, eficácia plena.

Manifestada, porém, a impugnação, ficará temporariamente afastada a preclusão das questões então decididas, até a realização do novo julgamento.

Entretanto, algumas dessas questões contidas na decisão, embora não preclusas pela interposição tempestiva do recurso, poderão gerar efeitos desde logo. A definição do conteúdo da matéria a ser apreciada pelo órgão de revisão, bem como a

sua capacidade para a produção de efeitos imediatos, autoriza uma primeira distinção em sede de recursos, em relação aos seus efeitos.

O efeito será suspensivo quando a matéria decidida não puder produzir qualquer efeito, tão somente em decorrência da interposição do recurso, isto é, do afastamento da preclusão. Diz-se que o recurso prolongaria a suspensão dos efeitos que acompanha a decisão desde o seu início (suspensão essa vinculada à existência de prazo para a interposição de recurso).

Será, ainda, devolutivo, no que se refere à quantidade e à qualidade da matéria devolvida ao conhecimento da instância recursal.

Em processo penal, e, mais especificamente, tratando-se de ação penal condenatória, o efeito suspensivo do recurso estaria essencialmente ligado à possibilidade, ou não, de se poder efetuar a prisão do réu, a partir da prolação da sentença condenatória.

Como tivemos oportunidade de analisar, nos estudos referentes à prisão (Capítulo 11), não se admite mais a privação da liberdade como mera decorrência da condenação em primeiro grau. Já foram revogados o art. 594 (pela Lei nº 11.719/08), e o art. 393 e art. 595, todos do CPP (estes, pela Lei nº 12.403 – art. 4º).

A prisão, ainda quando determinada na fase decisória, deverá manter a sua natureza cautelar, resultando mais da necessidade de se tutelarem os interesses da jurisdição, quando reclamará ordem escrita e fundamentada (na sentença), que pelo só fato da condenação em primeira instância. Isso se deve à exigência do princípio constitucional da inocência (art. 5º, LVII).

De se ver, ainda, que a Lei nº 11.719/08 e também a Lei nº 11.689/08 (do júri) deixaram esse entendimento de modo expresso na legislação codificada. Basta ver o disposto no art. 387, parágrafo único, e art. 413, § 3º, ambos do CPP, a dispor que tanto a manutenção da prisão daquele que já estiver preso quanto a decretação da prisão preventiva por ocasião da sentença condenatória e da decisão de pronúncia demandarão ordem escrita e fundamentada do juiz.

Com isso, podemos afirmar que a apelação interposta contra sentença condenatória

terá sempre o efeito suspensivo. Quando, na própria sentença, houver de ser decretada a custódia daquele que se encontrava em liberdade, tal não decorrerá do fato da condenação em si, mas da adoção de medida cautelar, possível ainda naquela fase procedimental. O mesmo ocorrerá no caso do réu já preso antes da sentença condenatória: a prisão teria outra fundamentação, já explicitada por ocasião de sua decretação, não constituindo, também ela, efeito da condenação.

O mesmo não ocorrerá quando se tratar de sentença absolutória. Nesse caso, a lei impõe que o réu seja posto imediatamente em liberdade (art. 596, CPP), com o que o recurso contra ela interposto não terá efeito suspensivo.

16.1.4.2 Efeito devolutivo

O efeito devolutivo diz respeito à identificação da matéria devolvida ao conhecimento da instância recursal, como tivemos oportunidade de assinalar. Em princípio, a admissibilidade do recurso autoriza a conclusão no sentido da devolução, mínima que seja, de questões resolvidas na instância *a quo*.

Como os recursos são voluntários, dependentes, então, do inconformismo do interessado, caberá a ele delimitar a matéria a ser objeto de reapreciação e de nova decisão pelo órgão jurisdicional competente.

Com efeito, ele poderá se satisfazer com parte do julgado e não concordar com o restante. Daí o *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja, a matéria a ser conhecida (*devolutum*) em segunda instância dependerá da impugnação (*appellatum)*.

Nesse caso, o efeito devolutivo será analisado quanto à sua extensão, quando se buscará demarcar o conteúdo das questões a serem reexaminadas. Mas poderá também ser apreciado de outra perspectiva, a saber: quanto à sua profundidade. Se o efeito devolutivo, quanto à extensão, pode revelar-se reduzido, dependendo da matéria impugnada, em relação à profundidade, o âmbito de apreciação do recurso é o mais amplo possível.

"A exata configuração do efeito devolutivo é problema que se desdobra em dois: o primeiro concerne à extensão do efeito, o segundo à sua profundidade. Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por

força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar" (BARBOSA MOREIRA, 1998, v. V, p. 424).

No campo do processo penal, o exame em profundidade inclui até mesmo a repetição de provas já realizadas e mesmo a possibilidade de novo interrogatório do réu (art. 616, CPP, aplicável não só às apelações). A devolução da matéria somente encontraria limites quanto à sua extensão, e não em relação à profundidade.

Aliás, mesmo o eventual risco de supressão de um grau de jurisdição se localizaria na extensão do recurso, e não na profundidade do exame da matéria devolvida. É o que ocorreria na hipótese de afastamento, pelo tribunal, de causa de extinção da punibilidade reconhecida em primeira instância, em decisão de absolvição sumária (art. 397, IV, CPP). O tribunal não poderia seguir no julgamento do processo por ausência de devolução da matéria que não dissesse respeito à apontada causa extintiva da punibilidade. Em tal situação, mesmo na hipótese, remota, de o recorrente, apesar de não ter havido decisão quanto a ela, ter incluído a questão do mérito propriamente dito (a existência do fato, a sua autoria e a criminalização da conduta) no seu recurso, não poderia o tribunal dela conhecer. Fundamento: pela inexistência de decisão quanto a ela, isto é, pelo risco de se suprimir a jurisdição de primeiro grau.

Ademais, "*como não se concebe que a extensão da matéria impugnada seja maior que a da matéria decidida, o julgamento do tribunal [...] nunca terá objeto mais extenso que o da sentença apelada*" (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 425).

16.1.4.3 Efeito extensivo e iterativo

Em regra, os recursos são interpostos no interesse exclusivo de quem deles faz uso.

Há, porém, no caso de concurso de agentes, questões ligadas ao fato criminoso cuja solução poderá vir a se estender a todos os seus autores e/ou partícipes. Assim ocorrerá sempre que a solução da questão penal tiver de ser uniforme para todos os envolvidos. Reconhecida pelo tribunal a prescrição, por exemplo, a extinção da

punibilidade se dará em relação a todos, ainda que afirmada por ocasião da apreciação do recurso interposto por apenas um dos agentes. Na dicção do Código de Processo Penal, "*a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros*" (art. 580, CPP).

Tratar-se-ia, então, do que parte da doutrina chama de efeito extensivo do recurso.

Observe-se, porém, que, a rigor, não se pode distinguir o efeito extensivo do efeito devolutivo. De fato, o que ocorre, na extensão do julgado, é mera aplicação da devolução do recurso, para abranger terceiros não interessados (ou seja, aqueles que não se interessaram em recorrer). Não se cuida, efetivamente, de um efeito que reclame uma classificação autônoma na teoria dos recursos.

Já por efeito iterativo, ou regressivo, ou ainda diferido, deve-se entender a devolução do recurso ao próprio órgão prolator da decisão impugnada, como ocorre no juízo de retratação, presente no recurso em sentido estrito (art. 589, parágrafo único, CPP). Menos que efeito, e tal como ocorre com o denominado efeito extensivo, outra coisa não é que mera devolução da matéria ao mesmo órgão da jurisdição.

16.1.5 Classificações dos recursos

Para uma exposição mais didática da matéria, podem-se classificar os recursos sob diversas perspectivas.

Os recursos, por exemplo, são extraordinários ou ordinários, segundo o grau da jurisdição a ser atingida.

A via ordinária dos recursos insere-se no conceito do duplo grau. O seu acesso não oferece maiores dificuldades, bastando a observância dos requisitos gerais de admissibilidade dos recursos.

A via extraordinária situa-se mais além, atingindo o terceiro grau de acesso às instâncias recursais. E, por isso, esse acesso é sempre mais limitado, de modo a se impedir uma eternização dos recursos. É o caso típico dos recursos especial e extraordinário.

É de se observar que não é a situação hierárquica do órgão da jurisdição que definirá a qualidade do recurso (como ordinário ou extraordinário). A Constituição Federal prevê que nossos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também exercem jurisdição recursal ordinária, como ocorre em relação ao recurso ordinário constitucional previsto no art. 102, II, *a*, e no art. 105, II, *a*, e, em relação à Suprema Corte, ao recurso ordinário para o julgamento de crimes políticos (art. 102, II, *b*). Uma observação: a competência originária daquelas cortes para o julgamento de *habeas corpus* não se insere na presente classificação, tendo em vista que o *habeas corpus* não é uma espécie de recurso, mas uma modalidade autônoma de ação penal. Uma ação autônoma de impugnação, como prefere a doutrina, a ser exercitada tanto antes como depois do trânsito em julgado da ação penal condenatória.

Os recursos podem ainda ser classificados em totais e parciais, dependendo da quantidade da matéria impugnada. Se o recurso se dirigir à totalidade da decisão, ele será total ou integral; do contrário, será parcial.

A doutrina ainda faz referência a uma classificação dos recursos em voluntários e de ofício. Já vimos, porém, que não pode existir um recurso provocado exclusivamente pelo juiz. Este, em um sistema acusatório de processo, não tem iniciativa penal e, por isso, iniciativa recursal.

O que ocorre em relação ao denominado recurso de *ofício* é o condicionamento legal da eficácia da decisão ao seu reexame necessário por outro órgão da jurisdição, imediata e hierarquicamente superior. O reexame decorrerá da lei, e não da iniciativa do juiz. As hipóteses de reexame necessário previstas no Código de Processo Penal e na legislação não codificada, bem como a eventual recepção de sua vigência pela Constituição de 1988, foram examinadas no item 16.1.1.2.

16.1.6 Juízo de admissibilidade dos recursos

O exercício da ação penal, cuja compreensão mais simplificada seria como o direito à provocação da jurisdição, é condicionado à superação de determinados

requisitos, alguns ligados ao próprio veículo da atuação jurisdicional, o processo (pressupostos processuais), e outros à ação mesma (as chamadas condições da ação).

Tanto como ocorre ali, também no campo dos recursos o que estará sendo exercitado é a iniciativa penal, ou o direito à provocação da jurisdição. Nesse caso, da jurisdição de hierarquia superior.

Por isso, e para que a utilização das vias recursais não se transforme em instrumento de abuso de direito ou de mera satisfação de curiosidade acadêmica, a lei estabelece alguns requisitos mínimos para o conhecimento do recurso pelo tribunal *ad quem*, isto é, o tribunal com competência revisional da matéria impugnada. Há uma distinção a ser feita desde logo, diante da gravidade de suas consequências. Existem duas fases inteiramente distintas na apreciação do recurso: a de seu conhecimento e a de seu provimento, ou, ainda, em ambos os casos, do juízo negativo, ou seja, do não conhecimento e do não provimento.

Quando se conhece do recurso, é ele admitido. Admitido no sentido de preencher os requisitos legais para o seu exame pela instância recursal.

Já o seu provimento, como intuitivo e acessível pela simples compreensão do vocábulo, significa o reconhecimento da procedência da impugnação, com a reforma ou a anulação do julgado anterior. No caso de reforma, a nova decisão substituirá inteiramente a anterior, ainda quando o provimento do recurso seja parcial. A confirmação de parte do julgado não significa substituição parcial: a decisão do tribunal configura nova solução da matéria, em substituição àquele objeto do recurso. Na hipótese de anulação, haverá desconstituição da decisão anterior, renovando-se a competência do juiz para novo julgamento.

A distinção é relevante, no exato ponto em que o não conhecimento do recurso implicará a manutenção da decisão recorrida, tal como ela tiver sido proferida. Não conhecido o recurso, prevalecerá, em sua inteireza, a decisão impugnada.

Com isso, identificado o responsável pela decisão, estará definida a competência para uma possível e eventual ação de revisão criminal e para a impetração de *habeas corpus*. Nos termos do art. 102, I,*j*, compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da ação de revisão criminal de seus julgados. Ora, a competência da

Suprema Corte somente poderá afirmar-se na hipótese de conhecimento do recurso ali aviado, quando aquele tribunal, efetivamente, apreciará o fato e o direito da questão penal. Não conhecido o recurso, a competência será do tribunal que tiver proferido a decisão então impugnada.

Há ainda outra consequência de suma importância para o não conhecimento de um recurso: *a não interrupção do prazo* para outros recursos. A título de ilustração, imaginemos que a parte oponha embargos infringentes (art. 609 do Código de Processo Penal) de uma decisão, e, após algumas semanas, este recurso não é conhecido. Neste caso, *não houve interrupção* do prazo para interposição de outros recursos (como, por exemplo, o Recurso Especial). Neste sentido há jurisprudência sedimentada do STJ – AgRg no REsp 1.850.163/ SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, dentre outros julgados.

De volta ao tema da admissibilidade dos recursos, e do mesmo modo que ocorre em relação aos pressupostos processuais e às condições da ação, a matéria relativa aos requisitos de admissibilidade dos recursos pode e deve ser conhecida de ofício, tanto na instância recorrida como no tribunal *ad quem*. É dizer: o juízo de admissibilidade do recurso, no qual se examina o preenchimento ou a satisfação dos requisitos legais de seu conhecimento, é feito no e pelo próprio órgão recorrido, e também na e pela instância recursal.

No juízo recorrido, isto é, no qual se proferiu a decisão a ser impugnada, é feito um juízo de prelibação, para que somente sejam remetidos à instância superior os recursos que, a exame provisório, ostentem viabilidade de apreciação. Esse exame é feito, então, pelo próprio órgão responsável pela decisão.

Evidentemente, esse juízo de prelibação, que funciona mais como um filtro quanto à pertinência e ao cabimento do recurso, não vincula nem poderia vincular o órgão jurisdicional competente para o seu exame. A competência para o julgamento do recurso é do tribunal de hierarquia superior, daí por que ele não poderia se encontrar vinculado a qualquer decisão do juiz de origem. Relembre-se: a matéria atinente aos requisitos de admissibilidade do recurso pode e deve ser conhecida de ofício, tal como ocorre com os pressupostos processuais e com as condições da ação.

Assinale-se, ainda, uma última distinção.

Uma coisa é o juízo de admissibilidade do recurso, e outra é o juízo de mérito do recurso. No primeiro, examina-se o seu conhecimento; no segundo, o seu provimento, ou não.

E mais: mérito do recurso também é diferente do mérito da ação penal, ainda que, muitas vezes, o seu objeto seja o mesmo. O mérito do recurso é o pedido que nele se contém, por meio do qual se delimita a quantidade e a qualidade da matéria a ser apreciada, quando, então, poderá não coincidir exatamente com o mérito da ação penal. No recurso para agravamento da pena, por exemplo, o recorrente não se insurge contra o mérito da ação penal (fato, autoria e criminalidade do fato), mas contra a aplicação da pena. E nisso consistirá o mérito do recurso.

16.1.6.1 Requisitos objetivos

a) Cabimento

A razão pela qual preferimos nos referir aos requisitos, e não aos pressupostos, de admissibilidade dos recursos já foi declinada por ocasião do tratamento dos pressupostos e/ou requisitos processuais (item 5.4). E repetimos: por pressuposto deve-se entender apenas o antecedente logicamente necessário à própria existência do objeto, em cujo campo se poderá afirmar a validade ou invalidade das atividades nele desenvolvidas. Por isso, pressuposto de um recurso seria apenas a existência de uma decisão judicial. A oportunidade, a forma, o meio e demais condicionamentos do exercício do direito ao recurso constituem os seus requisitos.

Inicialmente, qualquer distinção conceitual que pretenda ser *objetiva* tem por destinatário o objeto. Será *subjetiva* quando se referir aos sujeitos envolvidos. Em tema de recursos, e, mais especificamente, em tema de requisitos de admissibilidade dos recursos, serão objetivos todos aqueles que, previstos em lei, não estejam relacionados diretamente com a identificação ou com uma particularidade específica do sujeito recorrente.

O primeiro requisito objetivo seria, então, o cabimento. Por cabimento há de se entender a previsão legal da existência do recurso. Mas não só. A previsão da existência e também das condições de exercício de determinado recurso.

A maior parte da doutrina inclui, entre os requisitos de admissibilidade dos recursos, a adequação, entendida como a identificação da espécie recursal cabível. A nosso aviso, porém, essa classificação parece inteiramente inútil em uma ordem que prevê a fungibilidade como regra. Não será pelo equívoco no endereçamento do recurso que ele não será admitido, se interposto no prazo daquele efetivamente cabível. E isso se deve à fungibilidade dos recursos, a permitir o conhecimento de um pelo outro, como já vimos.

Não se incluiria também no juízo de adequação o atendimento às especificidades de determinados recursos, como ocorre, por exemplo, em relação aos recursos de fundamentação vinculada. Recursos de fundamentação vinculada são aqueles em que a impugnação deve se dirigir especificamente a determinadas questões, normalmente de direito, como ocorre com os recursos extraordinários e especiais. Mas poderá ocorrer também em relação a questões de fato, como se dá com a apelação prevista no art. 593, III, do CPP, contra decisões do Tribunal do Júri.

Mesmo ali, no entanto, o que parece ocorrer não é um juízo de adequação, mas de simples cabimento do recurso. É dizer: naquela situação, o recurso somente seria cabível para o fim de questionar, por exemplo, a contrariedade da sentença do Juiz-Presidente à lei expressa ou à decisão dos jurados (art. 593, III,*b*). Se o objeto do recurso fosse outro, o caso seria, a nosso juízo, de não cabimento dele, e não de inadequação. Esta, quando for o único problema, pode ser afastada pela regra da fungibilidade.

O cabimento, então, afere-se pela previsão legal do recurso, nas condições em que ali estabelecido. Há decisões, como a maioria das interlocutórias simples, para as quais não é previsto qualquer recurso, nem aquele previsto para situações semelhantes, como é o caso do recurso em sentido estrito (cabível para algumas interlocutórias simples e para as demais, mistas), já que a matéria poderá ser reexaminada na hipótese de apelação.

b) Tempestividade

A exigência de manifestação tempestiva dos recursos é corolário lógico dos efeitos preclusivos das decisões.

Se a decisão judicial tem o propósito de resolver conflitos, ela deve ser provida de determinados efeitos destinados a esse fim. E, como vimos, esses efeitos, em regra, nascem sob condição suspensiva, a depender do encerramento do prazo destinado às impugnações das partes. Fundamento: ampla defesa, duplo grau etc.

Por isso, os recursos têm prazo certo para o seu exercício. Prazo esse inevitavelmente previsto em lei, e cujo afastamento (prorrogação) somente será possível nos casos previstos em lei, ou em situação equivalente, admitida pelo Direito. São os casos de força maior, caso fortuito, de obstáculo judicial, criado ou não pela outra parte etc. O art. 575 do CPP prevê que "*não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo*".

Exemplificativamente: o prazo para o recurso em sentido estrito e para a apelação é de cinco dias; para os embargos infringentes, de dez dias; para recurso ordinário, de cinco dias; para recurso especial e extraordinário, de 15 dias; embargos de declaração, dois dias etc.

Curioso julgado do STF considerou tempestivo um recurso que havia sido protocolado na *contadoria* do tribunal dentro do prazo legal, mas cujo encaminhamento ao setor adequado se deu de forma extemporânea. Entendeu-se que o erro não poderia ser atribuído exclusivamente ao advogado, mas também ao setor que recebera indevidamente a peça processual. Inusitada a situação, correta a decisão.

c) Inexistência de fatos impeditivos

Normalmente, os requisitos para a interposição dos recursos encontram-se expressamente previstos em lei.

Há, porém, casos em que a lei veda expressamente a admissibilidade e/ou o conhecimento do recurso, em atenção a determinadas situações objetivamente

consideradas. É ver.

Se o recurso é voluntário, isto é, depende da vontade da parte, poderão ocorrer casos em que a vontade se dirija exatamente em sentido contrário: pela não interposição do recurso.

E isso poderá ocorrer antes ou depois de seu exercício (ou seja, do oferecimento da impugnação recursal). Se antes, estaremos diante da renúncia; se depois, da desistência. Ambas terão a mesma eficácia: o não conhecimento do recurso. Na segunda hipótese, de desistência, o recurso poderá até mesmo ter sido já admitido na instância originária, quando se poderá falar em fato extintivo de sua admissibilidade em segunda instância.

A renúncia há de ser expressa, implicando a manifestação da vontade livre e espontânea do não interesse na apreciação do recurso. Não é possível a renúncia tácita, pois, tratando-se de matéria ligada à ampla defesa, quaisquer restrições de direito devem restar bem caracterizadas. Obviamente, tratando-se de desistência, a manifestação da vontade também deverá ser expressa, em razão da já existência da interposição do recurso.

Com relação à possibilidade de divergência entre a vontade de recorrer do réu e de seu defensor, que, aliás, é o caso em que se pode falar, com pertinência, em renúncia, e, por isso, na exigência de que ela seja expressa, remetemos o leitor para as considerações expendidas no item 16.1.3, acerca da disponibilidade dos recursos. Como regra, há de prevalecer a iniciativa recursal, porque inserida no contexto da ampla defesa. Só excepcionalmente, a partir de um exame acurado do caso concreto, é que o sopesamento das vantagens e desvantagens da realidade prática poderá indicar a prevalência do interesse do acusado no não oferecimento do recurso.

Em relação ao Ministério Público, não há necessidade de novos acréscimos. A obrigatoriedade da ação penal impõe também a indisponibilidade do recurso. Assim, o MP não pode renunciar nem desistir do recurso interposto (art. 576, CPP). Se ele entende não ser a hipótese de recurso, por concordar com a decisão judicial, basta apenas não apresentar a impugnação, deixando escoar o prazo recursal, ou mesmo manifestar-se de acordo com a decisão. Não há de se falar, no caso, em renúncia, que,

como vimos, exige manifestação expressa.

Além da renúncia e da desistência, há também outros fatos que poderiam impedir (ou extinguir) a admissibilidade do recurso, casos específicos da deserção e do recolhimento obrigatório à prisão. Ocorre que ambos já foram devidamente revogados; o primeiro (art. 595, CPP – deserção, por fuga), pelo art. 4º da Lei nº 12.403/11, e o segundo (art. 594, CPP – recolhimento à prisão para apelar), pela Lei nº 11.719/08.

A deserção, quando cabível pela ausência de recolhimento de custas e preparo do recurso, possível somente para as ações penais privadas, e quando não se tratar de querelante pobre, não oferece qualquer dificuldade e, por isso, não será aqui analisada.

d) Motivação

No processo em geral, a regra é que os recursos, além de delimitar a matéria impugnada, devem conter também a fundamentação da inconformidade, até mesmo para melhor se atender ao princípio do contraditório.

Todavia, como o art. 577 do CPP prevê a possibilidade de recurso até mesmo pelo réu, pessoalmente, haverá casos em que a motivação do recurso será dispensada. Daí dispor o art. 578 do mesmo Código que "*o recurso será interposto por petição ou por termo nos autos*", assinado pelo recorrente ou seu representante.

Também o art. 601 do CPP estabelece que a apelação subirá ao tribunal, com ou sem as razões do recurso. Como se percebe, em processo penal, não são poucas as hipóteses de dispensa de motivação para os recursos. Ressalve-se, como ainda veremos, que haverá casos em que se poderá afastar a regra geral do art. 601 do CPP, quando se tratar de recurso de apelação do Ministério Público. Mas, repita-se a regra: no âmbito dos recursos da via ordinária, dispensam motivação para o respectivo conhecimento.

Todavia, isso ocorre somente em relação aos recursos sem fundamentação vinculada, ou da competência da jurisdição ordinária. Para aqueles outros, de

fundamentação vinculada ou da competência da jurisdição extraordinária, a motivação constitui-se em um dos requisitos de cabimento do recurso. Nesse caso, a falta de motivação implicará o não conhecimento do recurso. É o que ocorre, como vimos, nos recursos submetidos à instância extraordinária (recurso especial e recurso extraordinário) e no julgamento das apelações de sentenças proferidas no Tribunal do Júri (art. 593, III, CPP).

16.1.6.2 Requisitos subjetivos

a) Legitimidade

No âmbito recursal, o processo penal é bastante flexível no que se refere à legitimação para os recursos.

Dispõe o art. 577 do CPP que podem recorrer o Ministério Público, o querelante bem como o réu, seu procurador ou seu defensor. A legitimação, portanto, é a mais ampla possível, permitindo que até o procurador e/ou o defensor do acusado, em nome próprio, recorram em seu favor.

Relativamente ao *habeas corpus*, no qual se veicula a aplicação de norma constitucional assecuratória da liberdade individual, reconhece-se a capacidade postulatória a qualquer pessoa, seja para a impetração, originária, seja mesmo em grau recursal. Nesse sentido, decisão da Suprema Corte, afirmando a desnecessidade da presença do advogado para subscrever recurso ordinário em *habeas corpus* (HC nº 84.716/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, em 19.10.2004 –*Informativo STF* nº 366, 27.10.2004).

Nas ações privadas, a jurisprudência e a doutrina não divergem: o Ministério Público não tem legitimidade para recorrer em favor do querelante, pois a ação privada é disponível. Se o ofendido não quiser, não se instaura a ação penal; do mesmo modo, se não quiser, não recorre da decisão absolutória.

Tudo depende, pois, do enfoque (na teoria e na prática) que se dá em relação às ações privadas. A nosso sentir, não encontramos explicação *teórica* razoável para

impedir o manejo do recurso pelo Ministério Público, embora nos curvemos, no ponto, ao entendimento majoritário. A não ser uma, talvez, acolhida no nosso CPP: aquela segundo a qual, nos crimes de ação privada, tanto a iniciativa quanto a punibilidade do réu dependem unicamente da vontade do ofendido. Assim, se o querelante pode *dispor* dela (ação) porque o Ministério Público poderia recorrer? Remetemos o leitor ao item 5.7, no qual se examina a ação penal privada em todos os seus aspectos.

Quanto às decisões condenatórias, nas ações privadas, admite-se que o Ministério Público é legitimado para o recurso, na qualidade de *custos legis*. Poderá ele recorrer tanto para alterar a pena como para requerer a absolvição do querelado.

Também o ofendido (ou seu representante legal), nas ações penais públicas, poderá recorrer, na qualidade de assistente. Se já estiver habilitado, o prazo será o mesmo do Ministério Público; se não estiver, ele poderá apelar no prazo de 15 dias, contados do término do prazo do MP (art. 598, parágrafo único, CPP).

Quanto ao assistente (art. 271, CPP), a sua capacidade recursal limita-se às matérias contidas no art. 584, § 1º (decisão de impronúncia e de extinção da punibilidade), e no art. 598 (decisão proferida por juiz singular e Tribunal do Júri). No entanto, as duas primeiras (impronúncia e extintiva da punibilidade) são também atacáveis pela via de apelação, por força do disposto no art. 416, do CPP, e do art. 397, IV, CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.689/08 e pela Lei nº 11.719/08. Respeitada a matéria, a iniciativa recursal do assistente poderá ser exercida até na via extraordinária (Súmula 210, STF). Ver, sobre o tema, itens 10.6.3 e 10.6.4.

É de se ver, ainda, que qualquer pessoa do povo pode se insurgir contra a inclusão de jurados na lista geral (art. 426, § 1º, CPP).

A legislação não codificada também prevê que outras pessoas (além daquelas mencionadas no art. 577, CPP) poderão recorrer na ação penal. Nesse sentido, a Lei nº 8.078/90 confere legitimação às associações dedicadas à tutela do consumidor para ingressarem como assistentes do MP (art. 80), o que lhes atribui capacidade recursal.

b) Interesse e sucumbência

Nos termos do art. 577, parágrafo único, CPP, "*não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão*".

Em processo penal, não é tarefa das mais simples a definição precisa do que seja, ou do que efetivamente configura, o interesse em recorrer.

Normalmente, a noção de interesse é extraída da definição de sucumbência. Sucumbente é aquele cuja expectativa juridicamente relevante não tenha sido atendida na decisão judicial. Assim como, do ponto de vista dos interesses da acusação, qualquer decisão que não atenda a totalidade da expectativa possível de condenação pode ser encarada como prejudicial a ela, para a defesa, só a absolvição poderia afastar inteiramente a sucumbência do acusado.

Em relação à acusação, configuraria interesse de recorrer a pretensão recursal tendente ao aumento de pena, à modificação da tipificação do fato, para fins de modificação de pena ou de regime penitenciário, ou de qualquer outra circunstância legal que modifique, para pior, a situação do réu.

Há quem entenda, no ponto, com ponderáveis razões, que a ausência de referência por parte do membro do Ministério Público à dosimetria da pena, por ocasião das alegações finais, implicaria a perda de interesse em recorrer *para fins de alteração da pena aplicada*.

Com todo o respeito aos seus ilustres defensores, pensamos que a tese não merece prosperar. No fundo da questão, reside a frequente associação do processo penal a uma teoria geral do processo, o que, conforme julgamos ter demonstrado, configura significativo equívoco teórico.

O Ministério Público, em quaisquer instâncias, ainda que no exercício de atividade *postulatória*, atua sempre na condição de *custos legis*, no sentido de não se vincular aprioristicamente à pretensão deduzida em juízo. Atua ele, então, *imparcialmente*.

Por acaso, quando o *parquet* requer a absolvição do acusado, estaria o juiz *subordinado* a esse entendimento? A se entender o Ministério Público como *parte*

processual, no sentido que lhe empresta a teoria clássica do processo, a consequência deveria ser a extinção do processo. No entanto, o *objeto* da ação penal *não é disponível*! Nem ao Ministério Público, titular, mas não *dono* da ação penal, e nem ao magistrado.

Assim, a ausência de manifestação acerca da dosimetria da pena não demonstra *ausência de interesse* na correta observância da lei por parte do *parquet*. Dá-me o fato que te darei o direito, enfim! Não aderimos, então, à aludida tese. O Ministéric Público tem ampla margem recursal, sobretudo em razão de sua posição de imparcialidade no processo, no âmbito de suas atribuições constitucionais de *zelar pela observância da ordem jurídica*.

Nota-se, então, que no campo das ações penais públicas a questão atinente ao interesse recursal tem configuração inteiramente diferente das regras processuais clássicas, associadas à *parcialidade* da pretensão deduzida em juízo. E isso porque o Ministério Público, como já examinado, é órgão absolutamente imparcial, ao qual incumbe a tutela da ordem jurídica e a fiscalização da observância das leis penais. E, por isso, em relação a ele, não há qualquer restrição quanto ao manejo de recurso em favor do acusado, seja para diminuição de pena, seja para a absolvição, seja, enfim, para a melhoria da situação do acusado.

Então, examinaremos mais detidamente apenas o interesse de recorrer da defesa, da perspectiva da sucumbência.

Anota Barbosa Moreira que "*é vencida a parte quando a decisão não lhe tenha proporcionado, pelo prisma prático, tudo que ela poderia esperar, pressuposta a existência do feito*" (1998, p. 297). Como se nota, eis aí um conceito bastante amplo de sucumbência, apto a ampliar, na mesma medida, a definição de interesse.

A limitação viria logo a seguir: "*não legitima a interposição do recurso a simples discrepância entre as razões de decidir e os argumentos invocados pela parte; ou, em outras palavras, que só se admite o recurso contra o dispositivo, e não contra a motivação*" (1998, p. 298).

Em matéria processual penal, a questão acerca da limitação do interesse aos dispositivos da sentença, e não à respectiva motivação, oferece contornos bem

interessantes. Isso ocorre em razão de prever o art. 386 do CPP que "*o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva*". Quer dizer, no processo penal, a sentença absolutória menciona a motivação na própria parte dispositiva da decisão.

Entretanto, o fato é que a matéria não deixará de constituir motivação do julgado; sobretudo para definição do interesse em recorrer.

Com efeito, se absolvido o réu, por ausência de provas (art. 386, V, CPP), ainda que se reconheça que a decisão fundada na prova da inexistência do fato (art. 386, I, CPP) seria mais vantajosa a ele, no campo patrimonial, não há como negar a ausência de interesse recursal. O fato de existir no ordenamento processual penal uma modalidade de sentença absolutória que afasta também a responsabilidade civil não implica a conclusão no sentido de que estaria então configurado um verdadeiro direito subjetivo a semelhante provimento judicial. Não. O interesse recursal há de ser aferido no âmbito das expectativas possíveis e realizáveis no processo penal, abstraídas quaisquer outras ordens de consideração, mesmo que juridicamente relevantes, como é o caso da responsabilização civil.

Por outro lado, quanto à modificação do dispositivo da sentença, parece-nos que o réu teria legítimo interesse em recorrer, para o fim de ver examinado o mérito da ação penal, na hipótese de decisão extintiva da punibilidade. Contudo, como a decisão que reconhece a extinção da punibilidade é de absolvição sumária (art. 397, IV, CPP), ainda que não se avance sobre o mérito do recurso, para fins de absolvição definitiva, os indesejáveis reflexos decorrentes de uma condenação em primeira instância já não mais existirão, devendo o Tribunal, reconhecendo a extinção da punibilidade, valer-se do dispositivo previsto no citado art. 397, IV, CPP.

Naturalmente, poderiam surgir aqui algumas indagações.

Por exemplo: em um caso de sentença de absolvição sumária em razão de causa extintiva da punibilidade em primeiro grau, poderia o tribunal reformá-la, para, desde já, condenar ou absolver definitivamente (art. 386, CPP) o acusado? Vimos, a esse respeito, que semelhante entendimento poderia implicar supressão de instância, na medida em que o Juízo de primeira instância não teria se manifestado sobre questões tipicamente de mérito (existência concreta do fato, sua tipicidade etc.).

Então, entendendo a Corte que não estaria presente a alegada causa extintiva da punibilidade, a solução seria a devolução dos autos à origem para a apreciação de todos os aspectos ainda não apreciados.

Pergunta-se: *nesse caso*, poderia o juiz, da instância originária, proferir sentença condenatória, ou ele estaria submetido à vedação da *reformatio in pejus indireta*, na hipótese de recurso aviado exclusivamente pela defesa? Esclareça-se: estamos a cuidar de uma hipótese em que a defesa entende mais favorável ao acusado uma decisão *de mérito*, ou seja, de absolvição *definitiva*, e não o simples reconhecimento da extinção da punibilidade (tratada no art. 397, IV, CPP, como de absolvição sumária).

Como se vê, no art. 617 do CPP, o que ali se veda é a reforma para pior de sentença que tenha *apreciado e julgado* o mérito da pretensão penal. Já no caso de decisão extintiva da punibilidade, ainda que tenha recebido o nome de *absolvição sumária*, não se terá tratado da apreciação da matéria de mérito, mas apenas de sua solução. O que fazer?

Pensamos que a solução mais coerente com o sistema seria a aplicação do princípio da vedação da *reformatio in pejus*, no caso, indireta, o que impediria uma decisão condenatória. Solução das mais inusitadas, é bem verdade.

No entanto, justificada, primeiro, porque o art. 617 do CPP se refere às decisões apeláveis (sentenças), que justamente vem a ser o caso da decisão de absolvição sumária (ver art. 416, CPP). Ao depois, a justificação da norma é a tutela do exercício da ampla defesa, evitando-se a inibição do uso das vias recursais pela defesa, como, aliás, já tivemos oportunidade de expor.

Por óbvio, presente o recurso do MP, o problema nem sequer existiria.

Como se nota, no exemplo dado, a admissibilidade da existência de interesse de recorrer (para alterar o dispositivo da sentença para absolutória), embora aceitável teoricamente, na prática seria extremamente problemática e mesmo de impossível execução, na medida em que estaria a impor ao juiz uma solução absolutamente contrária ao seu livre convencimento.

De outro lado, se a decisão de extinção da punibilidade ocorrer em segunda instância, no julgamento do recurso da defesa contra sentença condenatória em primeiro grau, o acusado não mais teria legítimo interesse em ver julgado o seu recurso, na busca de uma decisão absolutória, tendo em vista, repita-se, que, atualmente, a decisão extintiva da punibilidade já seria de absolvição (sumária, isto é, não definitiva, mas de absolvição).

16.2 Da apelação

A razão pela qual iniciaremos o estudo dos recursos em espécie pelo exame da apelação obedece a uma exigência didática.

Segundo a classificação dos atos processuais que aqui adotamos, em despachos, decisões interlocutórias, mistas e simples, decisões com força de definitivas e em sentenças propriamente ditas (item 13.2), somente estas duas últimas seriam apeláveis. E todas elas, tanto as decisões com força de definitivas quanto as sentenças, têm o efeito de extinguir o processo com julgamento de mérito. E mais: com a efetiva apreciação do mérito.

As sentenças, ao contrário das decisões com força de definitivas, julgam a própria pretensão punitiva. Decidem, definitivamente, as questões relativas à existência de um fato, à delituosidade desse fato e sobre a respectiva autoria e até mesmo acerca da sua punibilidade (absolvição sumária, art. 397, IV, CPP). Definem, enfim, se o caso é de absolvição, ou de condenação, incluindo a chamada absolvição imprópria, por meio da qual se reconhecem a existência, a tipicidade e a ilicitude do fato, mas se afasta a culpabilidade do agente; por isso, terminam por impor medida de segurança ao acusado (art. 386, parágrafo único, III).

Como visto, as sentenças, como regra, apreciam e julgam definitivamente a questão penal. Conforme assinalamos no capítulo pertinente, a decisão que julga extinta a punibilidade também extingue o processo, com julgamento de mérito, de modo a impedir a reabertura da discussão da matéria, e somente por isso recebeu o tratamento de absolvição sumária. No entanto, bem se vê que elas não julgam a

questão penal, mas apenas reconhecem a inexistência (superveniente ou não) de interesse ou de pretensão punitiva.

Dessa maneira, reservado às interlocutórias o recurso em sentido estrito, quando cabível, a apelação se dirigiria às sentenças e às decisões com força de definitivas. Excepcionalmente, e somente por força expressa de texto legal, caberá apelação de decisões de outra natureza, como é o caso da impronúncia e da absolvição sumária (art. 416, CPP).

16.2.1 Cabimento

As decisões com força de definitivas (item 13.2.2), tal como as sentenças, apreciam o mérito, com uma diferença, porém: julgam o mérito não da pretensão punitiva, mas de questões e/ou processos incidentes. Assim, são apeláveis, nos termos do art. 593, II, CPP, as decisões que julgam o pedido de restituição de coisas apreendidas (arts. 118 e seguintes, CPP), que julgam o pedido de reabilitação (art. 743, CPP), o cancelamento de inscrição de hipoteca (art. 141, CPP), o levantamento de sequestro (art. 131, CPP) etc. Têm como característica, portanto, o fato de extinguirem o procedimento, com o julgamento do respectivo mérito.

Mas a decisão apelável por excelência é a sentença.

E como se trata de decisão que aprecia e julga o mérito da pretensão punitiva, a apelação é o recurso que permite a maior amplitude quanto à matéria impugnável, devolvendo ao tribunal toda a matéria de fato e de direito, segundo a aplicação do *tantum devolutum quantum appellatum*, isto é, nos limites da impugnação. Nesse campo, diz-se que a fundamentação das apelações é a mais ampla possível.

A distinção que deve ser feita, em tema de apelação, é quanto às decisões proferidas por juiz singular (art. 593, I, CPP) e quanto àquelas proferidas pelo Tribunal do Júri (art. 593, III, CPP). No primeiro caso, que é a regra, a fundamentação do recurso é ampla, podendo ser impugnados quaisquer aspectos da sentença. Deve-se incluir, aqui, portanto, como já salientado, o cabimento da apelação para as decisões de impronúncia no procedimento do Júri, e de absolvição

sumária, no mesmo procedimento do júri (art. 415, CPP), mas também para o procedimento comum (art. 397, CPP).

Nos procedimentos do Tribunal do Júri, contudo, não se aceitará quaisquer impugnações. E até por uma razão muito simples: por força de disposição constitucional expressa (art. 5º, XXXVIII), os crimes dolosos contra a vida devem ser julgados pelo júri popular, sendo soberanas referidas decisões. Assim, eventuais impugnações a essas decisões só podem constituir exceções, ligadas às particularidades daquele tribunal, sobretudo pelo fato de se tratar de jurisdição popular, integrada, portanto, por leigos, escolhidos entre os representantes do povo. Por isso, terão fundamentação vinculada às hipóteses legalmente admissíveis para o apelo. É nesse sentido a Súmula 713 do STF: "*O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição*."

Vejamos em que consistem tais decisões.

"Art. 593.

[...]

III – [...] a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia."

O procedimento do júri parte-se em duas fases, como visto: uma, do sumário de culpa, dirigida à decisão do juiz singular (ou sumariante), por meio da qual será ou não admitida a competência do Tribunal do Júri (pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação); outra, reservada ao encaminhamento da matéria ao Tribunal do Júri.

Pode acontecer, portanto, que, na segunda fase, após a decisão de pronúncia, algum vício insanável venha a contaminar o procedimento de tal maneira que o julgamento do júri seja irremediavelmente afetado. As hipóteses são inúmeras.

E, como é de nulidade que se cuida, a consequência do provimento do recurso será a anulação do julgamento, para que outro se realize.

"Art. 593. [...]

III – [...]

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados."

A segunda hipótese cuida de erro na prolação da sentença pelo Juiz-Presidente (e não na decisão dos jurados).

Após as respostas dos jurados aos quesitos, o juiz deverá lavrar a sentença, segundo o disposto no art. 492 do CPP. Havendo erro na aplicação da pena, se em descompasso com a decisão dos jurados (em relação a agravantes, qualificadoras etc.), ou com a lei (regime penitenciário cabível, por exemplo), o tribunal poderá corrigir, ele mesmo, o equívoco, para adequar a decisão aos termos da lei ou do pronunciamento do Conselho de Sentença.

"Art. 593. [...]
III – [...]
c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança."

A questão do erro na aplicação da pena é objetiva: diz respeito à não observância dos critérios legais na sua dosimetria, ou mesmo no que se refere à operação de fixação dos limites a serem seguidos em cada fase de aplicação da pena.

Já a injustiça situa-se no campo da subjetividade presente na valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP.

Em tais casos, o tribunal de segunda instância poderá também corrigir o erro, aplicando a pena cabível.

Embora indiscutível a fragilidade do fundamento disponibilizado ao tribunal de segunda instância, dado que o conceito de injustiça varia de sujeito para sujeito, tudo a depender de sua formação moral, intelectual, humanística, enfim, o fato é que se trata de possibilidade de revisão de ato do Juiz-Presidente, o que não põe em risco a soberania popular do júri, e, somente nessa perspectiva, revela-se aceitável, até porque todo ato judicial de controle pela via recursal é também, como o da primeira instância, a manifestação da subjetividade do julgador, ainda que obrigado a utilizar-se das regras do Direito.

"Art. 593. [...]
III – [...]
d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos."

Se as primeiras hipóteses de apelação das decisões em procedimentos do Tribunal do Júri não se dirigiam diretamente à convicção do júri popular, mas, sim, à sentença do seu Juiz-Presidente, o mesmo não ocorre com a causa apelável prevista na alínea *d*, do inciso III, do art. 593 do CPP.

Naquela alínea, o que estará sendo questionado é a própria decisão do júri, configurando verdadeira exceção à regra da soberania dos veredictos. Por mais compreensível e louvável que seja a preocupação com o risco de erro ou desvio no convencimento judicial do júri popular, o fato é que o aludido dispositivo legal põe em xeque a rigidez da soberania das decisões do júri. Aliás, não será a única vez, porquanto será possível também a modificação da aludida decisão pela via da ação de revisão criminal (art. 621, CPP), a ser julgada diretamente nos tribunais.

Na realidade, ao que parece, o aludido dispositivo deve ser interpretado como regra excepcionalíssima, cabível somente quando não houver, ao senso comum, material probatório suficiente para sustentar a decisão dos jurados. Nesse passo, é importante lembrar que, na jurisdição popular do júri, exatamente em razão de se tratar de julgamento de crimes dolosos contra a vida, não serão raros os votos movidos pela mais eloquente e convincente participação dos oradores. A passionalidade, de fato, ocupa espaço de destaque no aludido tribunal, dali emergindo velhos e novos preconceitos, rancores, frustrações, além das inevitáveis boas, más e melhores intenções, é claro.

Por isso, e sobretudo pelo fato, relevantíssimo, da inexistência do dever de motivação pelos jurados, não nos parece descabida a possibilidade de anulação do júri realizado em tais circunstâncias.

E, com o objetivo de tentar preservar uma já arranhada soberania dos veredictos, prevê a lei que nesse caso o tribunal deverá anular o julgamento, submetendo o acusado a novo júri – art. 593, § 3º, do CPP.

E mais: seguindo a trilha da coerência das decisões, impõe a lei (art. 593, § 3º, CPP) que não será admissível nova apelação pelo mesmo motivo. Ora, se o motivo da anulação foi exatamente a contrariedade manifesta entre o conjunto probatório e a decisão dos jurados, o novo julgamento não poderia ser novamente impugnado pelo

mesmo motivo ou fundamento. E é claro que a aludida proibição é extensiva a ambas as partes, independentemente de quem tenha sido o autor do primeiro recurso. A vedação de nova apelação sob tal fundamento é aplicável até mesmo na hipótese do julgamento de crimes conexos. Assim, ainda que a apelação se dirigisse apenas contra a decisão em relação a um dos crimes, não poderia ser utilizado o recurso, posteriormente, em relação a outro (crime). Nesse caso, na hipótese de modificação do julgado naquela parte, somente as demais impugnações (art. 593, III, *a, b* e *c*, CPP) seriam cabíveis.

Por fim, anota-se, mais uma vez, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recurso de apelação de decisão proferida pelo Tribunal do Júri, no caso de impedimento declarado de mais da metade dos membros do Tribunal de Justiça (ou do respectivo Tribunal Regional Federal), com esteio no art. 102, I, *n*, da Constituição Federal. Nesse sentido: Ação Originária nº 1.047-1/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 28.11.2007.

16.2.2 Efeitos

Vimos que o efeito devolutivo da apelação é, como regra, o mais amplo possível, desde que assim demarcado no recurso: *tantum devolutum quantum appellatum*. No entanto, como a apelação pode ser interposta até mesmo por termo nos autos, bastará a manifestação da vontade de recorrer para que a devolução da matéria seja completa.

Quando, ao contrário, a parte pretender impugnar apenas parte do julgado (art. 599, CPP), o efeito devolutivo se limitará àquela matéria impugnada.

Quanto ao efeito suspensivo, o princípio da inocência é que lhe dá os contornos. O art. 283, *caput*, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, o acolhe de modo expresso.

Tratando-se de sentença absolutória, o réu deve ser posto imediatamente em liberdade (art. 596, CPP), se estiver preso. Nesse caso, nenhuma razão justificaria a manutenção de qualquer cautelar pessoal eventualmente imposta, e, sobretudo, da prisão. É que um pronunciamento judicial (a sentença) no sentido da inexistência do

fumus delicti, feito após instrução criminal, afastaria o principal requisito para a decretação de providências cautelares.

Se condenatória a sentença, além do efeito devolutivo, a apelação terá também efeito suspensivo, uma vez que "*ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*".

A atual redação do art. 387, parágrafo único, CPP, adota integralmente a orientação constitucional, impondo ao juiz, por ocasião da decisão condenatória, o dever de motivar eventual necessidade de manutenção de prisão já em curso, e, também, de prisão preventiva que se apresente indispensável. Do mesmo modo, ocorrerá na decisão de pronúncia (art. 413, § 3º, CPP).

Tem-se por revogado expressamente (art. 3º, Lei nº 11.719/08) o art. 594 do CPP, cuja redação era exatamente em sentido contrário. Afirmava-se ali que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança (se afiançável), salvo se for primário e de bons antecedentes, e assim reconhecido na sentença, ou, ainda, se condenado por crime de que se livre solto.

Ao estudarmos as prisões, as medidas cautelares e a liberdade provisória (Capítulo 11), demonstramos que toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser sempre fundada em necessidade e indispensabilidade, diante do princípio constitucional da inocência. E, mais, com a Lei nº 12.403/11, a alterar a redação do *caput* do art. 283, CPP, toda prisão provisória dependerá de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Vimos que a prisão como mera decorrência da superveniência de sentença condenatória somente era possível no contexto do sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941. Naquele tempo, até a sentença absolutória não era suficiente para a colocação imediata em liberdade, dependendo da gravidade do crime imputado ao réu, conforme previa a redação primitiva do antigo art. 596 do CPP.

A partir da Constituição de 1988, então, com a exigência de que toda prisão decorra de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI), o citado e revogado art. 594 do CPP já merecia nova leitura, para fins de sua adequação ao sistema de garantias individuais construído no mencionado art. 5º. A

Lei nº 11.719/08 pôs fim ao debate. E, se ainda assim não fosse suficiente, a Lei nº 12.403/11 (art. 283, CPP) *revogou também o art. 595*, CPP, dando cores definitivas à questão.

De tudo quanto se expôs, pode-se concluir que não há na ordem jurídica brasileira prisão como efeito de decisão condenatória. E nem a proibição de restituição da liberdade após prisão em flagrante, como, aliás, pontificou a Suprema Corte no HC nº 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10.5.2012, ao afirmar a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei de Drogas que impedia a restituição da liberdade (art. 44, Lei nº 11.343/06).

A Lei 13.964/19, porém, alterou o Código de Processo Penal e passou a prever que na hipótese de condenação, pelo Tribunal do Júri, a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos, haverá execução imediata da pena, devendo o acusado ser recolhido à prisão indepen-den-temente da interposição de recursos (art. 492, I, *e*). Assim, a apelação *nesta hipótese* não teria efeito suspensivo (art. 495, § 5º).

Diante de todo o exposto, reputamos manifestamente inconstitucional a regra, uma vez que contradiz diametralmente o princípio da inocência, situado em âmbito constituci-onal.

Ainda que o legislador tenha previsto a possibilidade excepcional de se conceder efeito suspensivo à apelação (quando não houver propósito meramente protelatório e, como requisito *cumulativo*, o recurso levantar "questão substancial" que possa reduzir a pena para um patamar inferior a 15 anos – § 5º, II), o descompasso com a Constituição é patente.

Por óbvio, é possível imaginar que uma conduta tão severamente apenada *possivelmente* poderia ensejar a prisão *preventiva*, ao menos em tese, quando cumpridos os re-quisitos pertinentes, *tudo a depender do caso concreto*. A previsão abstrata, porém, não condiz com a atual ordem constitucional.

Com isso, tem-se a possibilidade de adoção de alguma medida cautelar nessa fase (art. 319 e art. 320, CPP), incluindo a prisão preventiva (art. 311 e art. 312, CPP). No entanto, exige-se que todas elas sejam devidamente fundamentadas pela autoridade

judicial, não só por se tratar de determinação constitucional (o que já seria suficiente), mas também porque não se pode deixar ao critério das autoridades policiais ou mesmo do Ministério Público a definição final do que pode ou não ser classificado de hediondo, de organização criminosa, de risco à segurança pública, à ordem pública ou de periculosidade dos agentes.

A esses órgãos, indispensáveis à persecução penal, caberá a demonstração de tais fatos, bem como da necessidade da proteção dos interesses persecutórios. A definição de sua existência (da necessidade das cautelares, do risco etc.), porém, cabe exclusivamente ao Judiciário, porquanto em disputa a restrição de direitos individuais fundamentais.

No particular, a Súmula 393 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não é necessário o recolhimento à prisão para a instauração da ação de revisão criminal, pode até causar perplexidade. Ora, se o réu não se encontra preso, porque ele deveria se recolher à prisão para propor a ação de revisão criminal?

Na verdade, como se trata de verdadeira ação e pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poder-se-ia alegar que o acusado foragido deveria se entregar, até que o Judiciário apreciasse o seu pedido.

No entanto, estende-se à ação criminal o princípio da ampla defesa, de modo que o condenado não se veja impedido de exercer o seu direito de ação (de revisão), cuja consequência poderá ser a mudança integral do julgado, até mesmo para o fim de se reconhecer a sua absolvição.

No que se refere aos demais efeitos da apelação, bem como a vedação de *reformatio in pejus* e da definição da matéria impugnável, da ótica do interesse das partes (e sobretudo da defesa, porquanto o MP zela pela correta aplicação da lei penal), remetemos o leitor para o estudo do item 16.1.1.5.

16.2.3 Procedimento

O prazo de interposição da apelação é de cinco dias, podendo essa ser interposta por meio de petição ou termo nos autos (art. 600, CPP).

Não é necessário que o recorrente apresente desde logo as razões de apelação. Há prazo específico (de oito dias) para a sua apresentação, após o recebimento da apelação (art. 600), iniciando com o apelante e, depois dele, o apelado. Se se tratar de recurso em contravenção, o prazo para oferecimento das razões é de três dias. Havendo assistente, o prazo para as razões será de três dias, após o do MP. Obviamente, o prazo a que estamos a nos referir diz respeito às eventuais contravenções de rito especial, não submetidas à competência dos Juizados Especiais, e para as quais não se tenha utilizado dos institutos mais favoráveis previstos na Lei nº 9.099/95.

Embora o Código de Processo Penal ainda se refira a prazos comuns, quando se tratar de dois ou mais apelados (art. 600, § 3º, CPP), pensamos que o contraditório e a ampla defesa exigem que os prazos corram separadamente (ver item 13.1.1).

Findos os prazos para o oferecimento das razões, os autos serão remetidos à instância recursal, com ou sem elas (art. 601, CPP). Como se nota, não há exigência legal quanto ao oferecimento de razões para a admissibilidade do apelo, bastando a vontade inequívoca de recorrer.

Embora não haja vedação expressa, pensamos que, tratando-se de recurso do Ministério Público, contra decisão absolutória, a apresentação das razões deve ser exigida, seja como decorrência do adequado exercício da função persecutória, seja em atenção ao princípio da ampla defesa. Ora, se a hipótese é de decisão absolutória, o réu deve poder rebater, o mais amplamente possível, a pretensão de reforma do julgado, razão pela qual deve conhecer a motivação da impugnação feita à sentença.

É que, por exemplo, na decisão poderão ser apontadas questões e pontos não abrangidos nas alegações feitas pelas partes no curso do processo. Assim, deve a defesa conhecer as razões pelas quais o Estado pretenderia impugnar a sentença, no mínimo em relação a elas (questões). Nesse sentido, Tourinho Filho (2001, v. 2, p. 341) tem fundamentação distinta.

Aliás, no particular, não podemos concordar com a referida fundamentação – embora, quanto às suas consequências, estejamos de acordo –, que é no sentido de tratar-se (o recurso sem as razões do MP) de modalidade de desistência do apelo.

Ora, a questão é exatamente esta: a de se saber se é possível às partes deixarem de apresentar razões! Dizer que seria um meio de desistência do recurso não resolve, na medida em que o mesmo argumento poderia ser utilizado para a não apresentação de razões também pela defesa.

No entanto, quando se tratar de recurso do MP, mas em favor do réu, isto é, contra sentença condenatória, acreditamos que o tratamento deverá ser diferente, podendo-se aceitar o apelo, pela simples razão de se reconhecer tal faculdade para a defesa.

Cabe aqui uma ponderação acerca da distinção dada ao tema pela Lei nº 9.099/95. Em relação aos Juizados Criminais, o art. 82 prevê que a apelação deve ser interposta no prazo de dez dias, com as razões e o pedido do recorrente. Então, tratando-se de exigência expressa, não se vislumbram quaisquer defeitos na aludida distinção.

E mais. Nos termos do art. 600, § 4º, do CPP, o recorrente, desde que expressamente declarado na petição ou termo do recurso, poderá oferecer as suas razões do recurso diretamente no tribunal, onde, para tanto, deverá ser dado vista às partes.

Em relação à defesa, nenhuma dificuldade, já que o defensor detém poderes para atuar em qualquer grau de jurisdição, a não ser por vedação expressa na delegação de poderes (defensor constituído) ou na lei, quando e se houver (na hipótese de órgãos públicos responsáveis pela defensoria pública, instituídos em carreira). Mas, e quanto ao Ministério Público?

A nosso aviso, a solução da questão inicia-se com o exame de pressuposto processual relativo à capacidade postulatória.

Como se sabe, os órgãos do Ministério Público têm as respectivas atribuições, quando junto à jurisdição, limitadas ao grau da instância do referido poder (jurisdicional). Com isso, tanto o Promotor de Justiça quanto o Procurador da República somente podem postular (capacidade postulatória, pois) perante o Juiz de Direito e o Juiz Federal, respectivamente.

Eis, então, o primeiro problema: como poderá o membro do *parquet* que oficia perante o primeiro grau, o recorrente, portanto, apresentar as suas razões diretamente

no tribunal, se ali ele não oficia? Por óbvio, não estamos nos referindo à possibilidade de o referido órgão remetê-las por intermédio do juiz sentenciante: nesse caso, tratar-se-ia de oferecimento de razões em primeira instância.

Não é só. O membro do Ministério Público que atua em segunda instância (Procurador de Justiça, Procurador Regional da República etc.) exerce ali as suas funções na qualidade de *custos legis*, e não propriamente de parte. Enquanto *parte*, com as ressalvas que fizemos em relação ao conceito de parte referentemente ao *parquet* (ver Capítulo 10), ele atuará nas ações penais de competência originária naquele tribunal. Rigorosamente falando, tais membros somente poderão ser classificados como *parte* nas ações penais originárias naqueles tribunais de segunda instância.

Já ações penais instauradas em primeira instância, pensamos que, mesmo na hipótese de oferecimento de recurso especial ou extraordinário, em favor da acusação, ainda assim o órgão ministerial de segundo grau estará exercendo a sua função de *custos legis*.

Aliás, do ponto de vista *material*, ou seja, da posição do *parquet* diante do Direito e da ordem jurídica, ele é sempre *custos legis*, no sentido de não se vincular, previamente, a nenhum dos interesses discutidos no processo (condenação ou absolvição). O conceito processual de *parte* a ele se ajusta apenas no fato e quando de suas *postulações*, incluindo a interposição de recursos (no caso, extraordinário e/ou especial).

De todo modo, seja como parte, seja como *custos legis*, o fato é que aquele órgão – o que atua em segundo grau – é outro, e não aquele que ofereceu o recurso. Precisamente por isso, aliado ao fato, ou sobretudo, em razão de sua independência funcional, não estará ele obrigado a sustentar a impugnação feita em primeira instância. Colocando-se ele de acordo com a decisão recorrida, será nesse sentido a sua manifestação perante o tribunal, o que nos devolve a pergunta: quem ofereceria as razões do recurso, em tal situação?

Por isso, e coerente com nosso ponto de vista acerca da exigência de apresentação de razões recursais pela acusação, quando interposto o recurso (art. 601, CPP),

pensamos que não poderá o Ministério Público se valer do disposto no art. 600, § 4º, do CPP. Tourinho Filho (*Processo penal*, p. 340), apesar de achar inadequada a adoção do procedimento pelo Ministério Público, entende ser isso possível, diante da inexistência de vedação na lei.

Percebe-se, porém, que o ilustre autor não atentou para a questão da incapacidade postulatória do órgão da primeira instância, nem para a independência funcional do membro da segunda instância.

A nosso sentir, o argumento da inexistência de vedação na lei, além de reduzir perigosamente o espaço hermenêutico da principiologia constitucional e mesmo das exigências dogmáticas (como exigência do sistema jurídico), é contrariado pelo próprio autor, quando vislumbra uma desistência do recurso interposto pelo MP, quando desacompanhado das razões recursais, embora não haja previsão legal (da desistência) nesse sentido (art. 601, CPP), entendimento, aliás, a que acabamos de nos referir, anteriormente.

Outra questão. Uma vez que o membro do Ministério Público que atua em segunda instância deve oferecer o seu parecer (*custos legis*) em toda causa relativa à matéria penal, como sustentar que deveria ele apresentar razões de recurso, para, logo em seguida, oferecê-las novamente, agora em forma de parecer?

Por fim, quando a defesa protestar tempestivamente (art. 600, § 4º, CPP) e assim apresentar suas razões diretamente no tribunal, pensamos que os autos deverão ser devolvidos ao órgão do Ministério Público que atua como parte na ação, isto é, o recorrente, para a apresentação das contrarrazões ao recurso.

Uma última observação. Pensamos ser incabível a aplicação, por analogia, do disposto no art. 557 do CPC/1973 (art. 932, IV, *a* e *b*, do CPC/2015), no sentido de se permitir ao Relator do recurso a rejeição monocrática de apelo manifestamente inadmissível. Dessa aplicação poderia resultar, segundo nos parece, violação à amplitude da defesa, pelo fato de não se permitir, desde logo, a reapreciação da matéria por órgão colegiado. É importante lembrar que eventuais embaraços temporais à apreciação de questão criminal devem ser sempre evitados, ao menos como regra. Se é verdade que em tal situação ainda seria possível o manejo do agravo

(art. 557, § 1º, CPC/1973 e art. 1.021, § 2º, do CPC/2015), não menos verdadeira é a conclusão no sentido de que a analogia é um recurso de autointegração das normas apenas quando ausente regulação sobre a matéria, o que não é a hipótese ora mencionada. É nesse sentido decisão no STJ (HC 28.158/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp *DJ* 06.10.2003).

Em direção contrária, porém, e na mesma Casa (STJ), aceitou-se a aplicação do art. 557, § 1º-A (Lei nº 9.756/98), do CPC/1973 e art. 932, V, *a*, do CPC/2015, por analogia, em hipótese na qual a decisão apelada encontrava-se em direção oposta à jurisprudência dominante (sumulada) no Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de queixa (ação privada) oferecida por membro do Ministério Público contra outros órgãos do *parquet*, rejeitada no Tribunal recorrido por ilegitimidade ativa, ao fundamento de cuidar-se de ação pública condicionada à representação, porquanto relacionadas com o exercício das funções, as ofensas (art. 145, parágrafo único, CP).

A nosso juízo, ainda que manifestamente contrária à Súmula do STF (no último caso citado, a Súmula 714), não parece adequado o uso da analogia. Em matéria criminal, o interesse jurídico em debate é eminentemente público, e, porque em risco a liberdade individual do réu, a analogia seria, como foi, in *malam partem*.

Seguindo.

Segundo o disposto no art. 600 do CPP, após a apresentação das razões de apelo, o apelado teria também o prazo de oito dias para o oferecimento de suas contrarrazões (salvo nos casos de contravenção, quando o prazo será de três dias). Há, porém, entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ausência de razões de apelo, bem como de contrarrazões à apelação do Ministério Público não é causa de nulidade por cerceamento de defesa, se e quando o defensor constituído pelo réu foi devidamente intimado para apresentá-las (HC nº 91251/RJ, Rel. Min Cármen Lúcia, julgado em 19.6.2007).

Não podemos aderir ao referido posicionamento, exclusivamente no que se refere à ausência de contrarrazões da defesa ao recurso do MP. É que, se é verdade que a ampla defesa permite o recurso imotivado da defesa, com o objetivo de submeter a questão a juízo de revisão, não menos verdadeiro é que, havendo razões ministeriais

aviadas para o fim de modificação do julgado, em desfavor da defesa, o mesmo princípio exigiria a efetiva participação e intervenção defensiva.

Sobre o tema, colhe-se a seguinte decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

"1. Em sede penal, as razões do recurso do réu e a sua resposta ao recurso de apelação do Ministério Público, são elementos essenciais ao exercício do direito de ampla defesa, como atualmente assegurado na Constituição da República (artigo 5º, inciso LV).

2. Doutrina e jurisprudência, por isso, firmaram-se no sentido de interpretar o artigo 601 do Código de Processo Penal, de modo a possibilitar que, em não sendo apresentadas as razões de apelação pelo patrono constituído, seja o réu intimado para substituí-lo ou, havendo indiferença do acusado, lhe seja, para tal ato, nomeado defensor dativo pelo magistrado.

3. 'A nulidade ocorrerá por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato' (artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal).

4. A não apresentação das contrarrazões ao recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público, substancia fundamentação bastante a determinar, diante da inequívoca violação do princípio constitucional da ampla defesa, a nulidade do acórdão estadual" (HC nº 16457/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* de 5.3.2002).

A nosso aviso, a posição do Superior Tribunal de Justiça é mais acertada que a da Suprema Corte, mas também se equivoca ao exigir a apresentação de razões recursais para a defesa. Ora, o recurso não é obrigatório! E admitir a ampla *devolução* da matéria ao conhecimento da instância *ad quem* no recurso aviado sem razões *já satisfaria* a exigência constitucional da ampla defesa. A impugnação recursal, quando apresentada pela defesa, há de abranger todas as questões discutidas nos autos, independentemente de especificação da matéria recorrida. Deve-se receber o recurso como *total*, para fins de apreciação do *tantum devolutum quantum apellatum*.

Ainda sobre tais questões, relativas ao julgamento dos recursos nos tribunais, há que se fazer referência expressa à decisão proferida no HC nº 87.926/SP, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo o Min. Cezar Peluso como Relator e no qual se concluiu pela nulidade de julgamento de recurso exclusivo da acusação, em razão de ter o órgão do Ministério Público se manifestado após a defesa, na sessão de julgamento. Afirmou-se ali a violação ao contraditório, ao argumento de ser o Ministério Público, em qualquer instância, *parte processual*, cabendo à defesa se pronunciar sempre por último.

"AÇÃO PENAL. Recurso. Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público. Provimento ao recurso. Condenação do réu. Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Nulidade reconhecida. HC concedido. Precedente. Inteligência dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, 610, § único, do CPP, e 143, § 2º, do RI do TRF da 3ª Região. No processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento" (HC nº 87926, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 20.2.2008*DJe*-074 Divulg. 24.4.2008 Public. 25.4.2008 Ement. Vol. 02316-04 p. 00665).

Não há como concordar com a afirmação que vê o Ministério Público, em qualquer instância, como *parte processual*.

O conceito de parte, historicamente, está associado, não só à formulação de uma pretensão em juízo, mas, também e, sobretudo, ao conteúdo da aludida pretensão. A *parte* é *parcial* na medida em que seu interesse (jurídico) na causa é definido previamente: interessa-lhe a satisfação da pretensão ajuizada, a ser revertida em proveito próprio.

Nada disso ocorre no processo penal.

Que parte é essa que pode pedir a absolvição do acusado? Que pode impetrar *habeas corpus* em favor do réu? Que pode produzir prova no interesse da defesa? Que pode, enfim, *atuar* como *parte defensiva*?

O Ministério Público, já o vimos, é necessária e constitucionalmente *imparcial*, no que toca ao objeto e ao conteúdo do processo penal. A ele interessa tanto a absolvição (do inocente) quanto a condenação (do acusado).

Assim, e ao contrário do que ali se afirmou, o *parquet* é, sim, *custos legis*. E mesmo quando postula em juízo.

A decisão está correta em relação ao recurso exclusivo do Ministério Público e também quando houver recurso de ambos (acusação e defesa). Mas quando o recurso for exclusivo da defesa, deve esta, evidentemente, falar em primeiro lugar. E qualquer que seja o conceito de parte que se adote, o contraditório, em tal situação, exigiria que o Ministério Público se manifestasse somente *após* a defesa.

Vemos com bons olhos a possibilidade de a defesa se manifestar por último, em

qualquer instância e em qualquer fase do processo criminal. Mas não há, ainda, lei alguma nesse sentido. Por que então não se permitir à defesa *reperguntar* por último a testemunha *por ela arrolada?* Desconhecemos julgados nesse sentido. Provavelmente por ausência de lei...

16.3 Do recurso em sentido estrito

Ao tratarmos dos atos judiciais, procuramos elaborar uma classificação de cada um deles com os olhos postos no meio adequado de impugnação da respectiva decisão. A nosso sentir, somente a identificação do recurso cabível é que justifica a necessidade de uma classificação, mais ou menos rígida, dos atos judiciais (ver item 13.2).

Por isso, tentamos, quanto possível, uma separação entre as sentenças, impugnáveis pela apelação, e as decisões interlocutórias, para as quais o recurso cabível seria o recurso em sentido estrito.

Como o próprio nome indica, o mencionado recurso foi elaborado para aplicação restrita, ou seja, estritamente nos casos assinalados em lei. E isso porque se cuida de recurso previsto para a impugnação de apenas algumas decisões interlocutórias.

Dizemos algumas porque, em regra, as interlocutórias são irrecorríveis, exceto quando encerram o processo ou determinada fase procedimental, como é o caso das interlocutórias mistas (ver item 13.2.1). As demais, as simples, não se submetem a recurso, podendo ser impugnadas por ocasião da apelação, ou, se for o caso, por meio de *habeas corpus*. Algumas delas, porém, sujeitam-se ao recurso em sentido estrito, conforme previsão do art. 581 do CPP.

Como se trata de regra de exceção, ao menos em relação às interlocutórias simples, não há como construir um sistema por meio do qual seja possível uma identificação precisa daquelas decisões recorríveis e daquelas não recorríveis. O critério é, pois, de política legislativa, o que dificulta a sua sistematização dogmática.

Acreditamos, porém, que, tendo em vista que o sistema recursal do Código de

Processo Penal é de 1941, nada impediria a sua aplicação analógica para algumas interlocutórias previstas na legislação que lhe seguiu, como é o exemplo da decisão que denega a suspensão ou que suspende o processo, por aplicação do disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95 (suspensão condicional do processo). Em uma e outra hipótese (*pro et contra* – a favor ou contra – pois), tratar-se-ia de decisão interlocutória, ora restritiva de direito individual (se denegatória da suspensão), ora impeditiva do prosseguimento da persecução penal (quando decreta a suspensão condicional), a recomendar, portanto, a possibilidade de sua revisão pela instância recursal.

O importante, ou o mais importante, segundo nos parece, é a separação entre as sentenças e as interlocutórias, a partir do conteúdo da matéria decidida.

As sentenças julgam o mérito da ação penal, da pretensão punitiva, pois. Cabe, em relação a elas, a apelação. As interlocutórias, mais que os despachos de mera movimentação do processo, resolvem questões processuais (as interlocutórias simples), sem implicar a sua extinção. Excepcionalmente, quando fazem isso, são chamadas de interlocutórias mistas.

Pode ocorrer ainda que referidas decisões não extingam o processo, mas apenas uma fase bem delimitada do procedimento, como ocorre em relação à decisão de pronúncia. Nesse caso, são também classificadas como interlocutórias (mistas, porque, ao contrário das simples, poriam termo a uma fase procedimental).

Fizemos ainda a separação entre as interlocutórias mistas e as decisões com força de definitivas, porque estas, ao contrário daquelas, submetem-se ao recurso de apelação (art. 593, II, CPP). As decisões com força de definitivas também encerrariam o processo – e por isso são definitivas – com julgamento do mérito. Com o julgamento do mérito, mas não do mérito da pretensão punitiva, e, sim, de procedimento incidente, para o qual não seja previsto o recurso em sentido estrito.

16.3.1 Cabimento

Iniciaremos o exame do cabimento do recurso em sentido estrito exatamente pelas suas exceções, ou seja, pela apreciação de seu cabimento para decisões que não

podem ser chamadas rigorosamente de decisões interlocutórias, mas que apresentam efeitos semelhantes.

"Art. 581. [...]
VI – que absolver o réu, nos casos do art. 411."

Nada mais há a dizer sobre a questão, já que o dispositivo foi expressamente revogado pela Lei nº 11.689, que alterou a redação do art. 581 do CPP.

Sempre sustentamos a inadequação do recurso em sentido estrito para uma decisão de absolvição. Atualmente, a matéria não exibe mais interesse.

"Art. 581. [...]
X – que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus*."

O *habeas corpus* não é exatamente um recurso, e, sim, uma ação autônoma de impugnação de decisões judiciais. Pode fazer as vezes dos recursos quando impetrado antes do trânsito em julgado da decisão, mas o fato de poder ser manejado mesmo após transitada em julgado aquela é suficiente para caracterizar tal remédio como ação autônoma.

E se é de ação que estamos falando, nada mais adequado que pensarmos em sentença, acerca da decisão que concede ou não a ordem.

Se isso é exato, como nos parece ser, pode-se observar, contudo, que os efeitos da decisão que concede a ordem, do ponto de vista da persecução penal que se achar em curso, podem ou não ser semelhantes a uma decisão interlocutória.

Quando o *habeas corpus* é concedido para trancar o inquérito ou para trancar a própria ação penal, sob o fundamento de atipicidade do fato, por exemplo, a decisão equivaleria à absolvição sumária do art. 397, III, do CPP, para cujo recurso cabível é o de apelação. Mas, de outro lado, quando se reconhece no *habeas corpus* a ausência de condições da ação ou de pressupostos de existência do processo, o trancamento teria o mesmo efeito de decisão interlocutória mista, cujo recurso cabível é o do art. 581, do CPP.

"Art. 581. [...]
VIII – que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade."

A Lei nº 11.719/08 mudou inteiramente o tratamento processual das causas de extinção da punibilidade. Não serão elas objeto de simples reconhecimento judicial no curso do processo. Prevê o novo CPP que o acusado será absolvido sumariamente quando se reconhecer a extinção da punibilidade (art. 397, IV, CPP).

Evidentemente a solução é arbitrária, já que uma coisa nada tem a ver com a outra. Rigorosamente. Afinal, a extinção da punibilidade diz respeito a matéria de exclusiva política criminal, enquanto a absolvição é a rejeição, pelos fundamentos previstos em Lei, da imputação criminal feita a alguém.

Assim, e embora não tenha havido a revogação expressa do citado dispositivo, o fato de se prever a apelação para a absolvição sumária – e também para a impronúncia (art. 416, CPP) – implica a revogação implícita da referida disposição, a salvo de qualquer dúvida (sobre o tema, ver ainda item 13.2.1).

"Art. 581. [...] [os demais casos]".

Veremos, a seguir, algumas das hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, para decisões tipicamente interlocutórias. Não julgamos necessária a análise particularizada de cada caso, em razão do mais ou menos sentido unívoco de determinadas espécies.

"Art. 581. [...]
I – que não receber a denúncia ou queixa."

Rejeitada a denúncia ou queixa, o provimento do recurso implicará, desde logo, o recebimento da inicial, salvo quando se tratar de nulidade do ato de rejeição, conforme jurisprudência sumulada (Súmula 709, STF).

Toda decisão que rejeita a peça acusatória será uma decisão interlocutória, mista. Coerente com um sistema processual recursal mais afinado, a Lei nº 11.719/08 deu nova equação à matéria, revogando o art. 43 do CPP, e deixando a rejeição liminar da

denúncia unicamente para as hipóteses de índole processual, quais sejam, os pressupostos processuais e as condições da ação.

Havia quem sustentasse, antes da Lei nº 11.719/08, eventual distinção entre uma decisão que seria denominada *não recebimento* e outra, essa legalmente nominada, de *rejeição* da denúncia, propugnando pelo manejo de diferentes recursos (recurso em sentido estrito para o *não recebimento* e apelação para a *rejeição*) segundo o conteúdo da matéria decidida. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acertadamente, e na vigência do já revogado art. 43 do CPP, chegou a *sumular* entendimento recusando semelhante ponto de vista (Súmula 60: "da decisão que não recebe ou rejeita a denúncia cabe recurso em sentido estrito").

Sempre julgamos arbitrária a distinção. Atualmente, segundo o art. 395 do CPP, a peça acusatória será *rejeitada* por questões processuais; já quando a questão for de mérito (atipicidade ou mesmo extinção da punibilidade, por exemplo), o dispositivo da decisão será o da *absolvição sumária*, impugnável mediante recurso de apelação (art. 416, CPP). É dizer: não se rejeita mais a denúncia por questões de mérito: absolve-se!

Quando a decisão é de recebimento da denúncia, não há a previsão de recurso. Nada obstante, será cabível a impetração de *habeas corpus*, diante da ameaça potencial à liberdade individual do acusado, com a só instauração da ação penal.

Na legislação não codificada, há algumas exceções.

No procedimento dos Juizados Especiais Criminais, caberá apelação da decisão de rejeição da denúncia ou queixa (art. 82, Lei nº 9.099/95).

Há ainda decisões judiciais impondo a citação do réu para acompanhamento e participação em recurso interposto pela acusação, contra a rejeição da denúncia. A nosso aviso, embora nada impeça a adoção da providência, nada há também que a obrigue. Não há, de fato, norma legal exigindo a participação do imputado, em razão da inexistência, até então, da extensão da relação processual a ele. No plano, então, da conveniência, a medida é aceitável.

Na atual interpretação do Supremo Tribunal Federal, a medida é mais que

aceitável: é exigível, nos termos da Súmula 707, do seguinte teor: "*Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo*".

No plano de uma interpretação mais ampla do princípio constitucional da ampla defesa, estamos de acordo. O que se espera, então, é que aquela Corte faça o mesmo em relação à indispensabilidade do oferecimento de alegações finais pela defesa, independentemente de se tratar de defensor constituído ou dativo. Como se sabe, atualmente o STF exige tão somente a abertura de prazo e não a efetiva apresentação das alegações finais, quando se cuidar de defensor constituído. Obviamente, estamos nos referindo às hipóteses em que as alegações não tenham sido apresentadas em audiência de instrução e julgamento, com designação de prazo para a apresentação de memoriais (art. 403, § 3º, CPP).

"Art. 581. [...]
II – que concluir pela incompetência do juízo."

Trata-se aqui de decisão que desclassifica o crime para outro que não se inclua na competência do juízo, casos do art. 74, § 2º, art. 81, parágrafo único, todos reunidos na regra do art. 109, e todos do CPP, podendo resultar também de reconhecimento tardio, *ex officio* pelo juiz, de sua incompetência originária, isto é, desde o início da ação.

No caso de afirmação da competência, ou seja, quando o juiz se der por competente, não é cabível recurso nominado (previsto em lei). Nada impedirá o manejo do *habeas corpus*, sob o fundamento de que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LIII, CF).

"Art. 581. [...]
III – que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição."

Algumas das exceções oponíveis poderão resultar na extinção do processo, no caso de seu acolhimento, tal como ocorre em relação à coisa julgada, à ilegitimidade

de parte e à litispendência (exceções peremptórias); outras, na dilação do procedimento, casos da exceção de incompetência (não reconhecida *ex officio*), de impedimento, incompatibilidade ou de suspeição do juiz (exceções dilatórias).

A vedação do recurso em sentido estrito para a decisão que julga procedente a exceção de suspeição refere-se ao impedimento do órgão do MP ou de outro terceiro para o qual a exceção seja cabível. Em relação ao juiz, a exceção (de suspeição, impedimento ou incompatibilidade) é julgada diretamente no tribunal, não sendo cabível, dali, por óbvio, recurso em sentido estrito.

"Art. 581. [...]
IV – que pronunciar o réu."

Decisão tipicamente interlocutória, que põe termo a uma fase procedimental, não extinguindo, porém, o processo. A redação anterior à Lei nº 11.689/08 contemplava também a decisão de impronúncia. Essa, contudo estará submetida ao recurso de apelação (art. 416, CPP). Compreensível, se entendida como decisão que julga improcedente uma ação penal; incompreensível se essa decisão não tem eficácia de coisa julgada material, como é o caso da impronúncia.

"Art. 581. [...]
V – que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante."

De se ver que a referência feita aqui apenas à fiança, seja à sua denegação, à sua concessão ou cassação, se explica apenas no contexto originário do CPP, cuja única forma de liberdade provisória então existente era aquela mediante o pagamento de fiança.

Não temos qualquer receio em fazer incluir aí a decisão acerca do *deferimento*, do *indeferimento* ou da *substituição* de qualquer uma das medidas cautelares pessoais trazidas pela Lei nº 12.403/11, segundo o disposto no art. 319 e art. 320, CPP, além da liberdade provisória vinculada, tal como se acha disposto no atual parágrafo único do CPP.

Naturalmente, em se tratando de *decretação* de prisão, nada impedira o manejo direto do *habeas corpus*, diante da previsão constitucional de tutela imediata do direito de locomoção. É o caso também da imposição de recolhimento domiciliar (art. 319, V, CPP), cuja medida implica grave restrição ao direito de locomoção.

"Art. 581. [...]
[hipóteses de não aplicação, em razão da Lei de Execução Penal (LEP), que instituiu o recurso de agravo d execução]".

Diversos dispositivos alinhados no art. 581 do CPP, como casos de interposição de recurso em sentido estrito, perderam aplicabilidade a partir da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que instituiu o agravo de execução para decisões proferidas no curso da execução penal.

Com isso, por exemplo, o previsto no inciso XI do art. 581, que cuida da decisão que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena, perdeu inteiramente a sua aplicação.

Quando a decisão ocorrer por ocasião da sentença, o recurso cabível seria o de apelação (art. 593, § 4º); se proferida no curso da execução, o recurso cabível seria o agravo previsto no art. 197 da LEP.

Muitas outras hipóteses arroladas no art. 581, casos do previsto nos incisos XII, XVII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, não têm mais aplicação, por veicularem matéria ser resolvida incidentalmente em execução.

Noutro giro, a jurisprudência tem se mostrado sensível à possibilidade de manejar o recurso em sentido estrito em algumas hipóteses não previstas expressamente no Código de Processo Penal. Uma delas, como se vê no EREsp 1.630.121/RN (Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 28.11.2018), é contra a decisão que *indefere o pedido de produção antecipada de prova*.

Por fim, o disposto no inciso XXIV, que cuida da conversão da pena de multa em pena privativa da liberdade, não tem mais aplicação, em face do disposto no atual art. 51 do CP, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.268/96. E, recentemente, por meio da

Lei 13.964/19, criou-se nova hipótese de cabimento do recurso: o novo inciso XXV do art. 581 do CPP, que se refere à decisão que recusa homologação à proposta de acordo de não persecução penal.

16.3.2 Procedimento

O recurso será interposto no prazo de cinco dias, por petição ou por termo nos autos (arts. 578 e 586, CPP), e subirá ao tribunal nos próprios autos, nos casos do art. 583 do CPP, ou por instrumento (por cópia das peças indicadas pelas partes e daquelas obrigatórias previstas no parágrafo único do art. 587, CPP).

Tal como ocorre com a apelação, o recorrente não é obrigado a apresentar desde logo as razões do recurso, podendo fazê-lo no prazo de dois dias após a interposição do recurso ou a partir da formação do instrumento, seguidos da abertura de vista (art. 588).

Aliás, e por interpretação do disposto também no art. 589, o qual prevê que os autos serão encaminhados ao juiz, com ou sem as razões do recorrido, pensamos que não haverá a exigência de apresentação de razões para o conhecimento do recurso, do mesmo modo que ocorre com a apelação. Conforme reconhece a jurisprudência (STF – HC nº 70.037/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 6.8.1993), o que delimita a matéria recursal é a petição de interposição do recurso, e não as suas razões.

Antes, então, da subida dos autos ao tribunal (Justiça ou Regional Federal, segundo o caso e a respectiva organização judiciária), abre-se oportunidade ao juízo de retratação, que vem a ser a possibilidade de o próprio juiz prolator da decisão impugnada poder proceder à sua revisão (ou retratação). Se o juiz reformar a decisão, o recorrido, por simples petição, poderá oferecer novo e eventual recurso cabível, já aí sem possibilidade de nova retratação (art. 589, parágrafo único).

16.3.3 Efeitos

O recurso em sentido estrito, como tem por objeto decisões interlocutórias, não

tem efeito suspensivo, como regra.

Somente terá tal efeito quando a lei a tanto se referir, como é o caso do art. 584 (exceção feita ao § 1º, do citado art. 584, cujas decisões são apeláveis, como visto).

Em relação ao recurso interposto contra a decisão que denega a apelação, impende observar que o efeito suspensivo do recurso em sentido estrito somente se prestaria a impedir a execução provisória do julgado, o que não era possível também pela Lei de Execuções Penais (art. 105, Lei nº 7.210/84), e, depois, pela Constituição de 1988.

Na hipótese de sentença condenatória na qual fosse determinada a prisão, por razões cautelares, o efeito suspensivo não impediria a prisão. E isso por uma razão simples: se o próprio recurso de apelação não o impediria, como poderia fazê-lo um recurso interposto contra a sua inadmissibilidade?

Na hipótese de decisão de pronúncia, por exemplo, o recurso somente suspenderá o julgamento (§ 2º). Na verdade, o *processo* será suspenso, já que a preparação do processo para o julgamento em Plenário depende da preclusão da decisão de pronúncia (art. 421, CPP).

Tivemos, por fim, oportunidade de examinar o efeito regressivo (ou iterativo, ou diferido) do recurso em sentido estrito, que permite a retratabilidade da decisão. Cuida-se, na verdade, como já assinalamos, de mero aspecto da devolução da matéria impugnada, ou do efeito devolutivo inerente ao citado recurso.

16.4 Embargos infringentes ou de nulidade

Nos termos do art. 609, parágrafo único, do CPP, da decisão proferida no julgamento de recurso em sentido estrito e da apelação (conforme consta da rubrica marginal – Capítulo V), do processo e do julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações [...], caberão embargos infringentes ou de nulidade, quando se tratar de decisão não unânime e desfavorável ao réu.

Tais embargos deverão ser opostos no prazo de dez dias, dirigidos e apresentados diretamente ao tribunal de segunda instância, responsável pelo julgamento do recurso em sentido estrito e da apelação.

O art. 942 do atual CPC traz interessante novidade no âmbito processual civil Estabelece que, quando não houver unanimidade no julgamento da apelação, o julgamento prosseguirá *automaticamente* com a convocação dos demais integrantes do órgão julgador, conforme definido no Regimento Interno, em número suficiente para permitir a eventual prevalência do voto vencido. Ou seja, no julgamento de Turmas ou Câmaras compostas por apenas três magistrados, o julgamento será renovado com o número completo (cinco), *independentemente* de provocação do interessado.

Embora proveitosa a medida, e amplamente favorável à defesa do acusado em processo penal, pensamos que a regra do art. 609, parágrafo único, do CPP constitui *regulação própria* e suficiente a impedir a aplicação da analogia ao art. 942, CPC. Repita-se: *analogia* é processo de autointegração do direito, quando *ausente* norma regulando a matéria, o que não é o caso do art. 609, parágrafo único, do CPP, que exige a *voluntariedade* do recurso.

No entanto, e por diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal vem aceitando a aplicação da regra *diversa* da prevista em Lei, quando mais favorável aos interesses da defesa, como ocorre em relação ao procedimento de ação penal originária previsto na Lei nº 8.038/90, no qual seria possível a aceitação de normas mais favoráveis previstas na Lei nº 11.719/08, que modificou os ritos processuais de primeira instância (de que é exemplo o *interrogatório* como último ato de instrução).

Um bom exemplo se vê no Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que a nova sistemática adotada pelo CPC *não se aplica* aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude quando a decisão não unânime for *favorável* ao adolescente (REsp 1.694.248/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade publicado em 15.05.2018), mas reconheceu a possibilidade, em tese, de sua utilização (presumivelmente quando a decisão for *desfavorável* ao adolescente) – AgRg no REsp 1.673.215/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade publicado em 30.05.2018.

Assim, e ao que tudo indica, a nova regra do art. 942 do CPC, com redobradas razões, poderá ser também aplicada ao processo penal. Não obstante, caso os

tribunais rejeitem a novidade e continuem exigindo a interposição dos embargos, o rito será o que se segue.

Os requisitos básicos de admissibilidade são:

a) a existência de decisão não unânime;
b) que essa decisão seja desfavorável à defesa;
c) que tenha sido proferida no julgamento de recurso em sentido estrito e de apelação. Entretanto, desde que em favor da defesa, até o Ministério Público poderá manejar os citados embargos, na condição de custos *legis*.

Se a decisão não unânime for apenas parcial, havendo unanimidade quanto à solução de outras questões, a defesa deverá opor os embargos apenas em relação a essa parte, ao tempo em que poderá também interpor o recurso eventualmente cabível (extraordinário ou especial), concomitantemente em relação às demais. Conquanto não exista mais a norma constante do art. 498 do antigo CPC, é de se presumir que a apreciação dos recursos (extraordinário e especial) deverá ser posterior ao julgamento dos infringentes.

E isso porque ou se entende que a nova sistemática processual civil deve ser aplicada em sua inteireza, ou então prevalece o regramento anterior, ainda que tenha sido revogado *no âmbito do processo civil*. Se a solução não soar satisfatória, ainda assim deve-se buscar um modo de preservar a regra do sobrestamento, porque o contrário implicaria o *dobro* de recursos especiais e/ou extraordinários – um da parte unânime da sentença e outro da decisão que julgou os embargos infringentes (da parte não unânime).

Pensamos ser possível, caso não se admita a utilização do revogado art. 498 do antigo Código de Processo Civil, que se empregue a analogia (art. 3º, CPP) e se trace um paralelo com o art. 1.024, § 4º, do atual CPC, que dispõe: "Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no

prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação da decisão dos embargos de declaração".

Ainda que o raciocínio seja impreciso, por se tratar de embargos de declaração e não de embargos infringentes, e, principalmente, pela previsão legal abarcar somente o *embargado* e não o embargante, pensamos que a "manobra" permitiria a unificação dos inconformismos em um único recurso especial/extraordinário, gerando uma bem-vinda economia processual.

Assim, os recursos ficariam sobrestados no STF e/ou STJ até o julgamento dos embargos infringentes, quando então se abriria prazo para que fossem aditados, considerando estritamente as alterações trazidas pela nova decisão.

A expressão *embargos infringentes ou de nulidade* quer apenas significar que a matéria impugnável é a mais ampla possível, incluindo até mesmo as questões processuais (daí, de nulidade).

Nas edições anteriores, sequer nos preocupamos em abordar o recurso de embargos infringentes previsto *exclusivamente* no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 333, RISTF).

Acreditávamos que a sua não recepção pela ordem constitucional de 1988 era de uma evidência solar. E, não bastasse, que a Lei nº 8.038/90, que cuida justamente *de normas procedimentais no âmbito dos tribunais superiores*, teria revogado qualquer resquício de regulamentação processual deferida ao Supremo Tribunal Federal pela ordem constitucional (autoproclamada assim!!) de 1967.

No entanto, no julgamento da já famosa Ação Penal (originária) 470/MG, conhecida por *mensalão*, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco (6 × 5), afirmou a validade do citado dispositivo.

Não andou bem a Corte, com o devido respeito aos votos vencedores (Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli, Luis Roberto Barroso e Celso de Mello).

Em primeiro lugar, a delegação de poderes normativos para a Suprema Corte regular *os procedimentos de sua competência* vem de fonte ilegítima do Poder

Público, dado que proveniente de ordem jurídico-constitucional (?) instalada a partir do Golpe Militar de 1964.

Em segundo, porque a Constituição de 1988 atribui à União a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, I), com o que seriam com ela incompatíveis e não recepcionadas quaisquer normas processuais ou procedimentais que não tivessem origem no Congresso Nacional. Caso evidente do art. 333, do RISTF.

Em terceiro, porque a citada Constituição da República arrolou de modo expresso e detalhado toda a competência recursal do Supremo Tribunal Federal, consoante se vê de seu art. 102.

Em quarto, porque a Lei nº 8.038/90 não deixava qualquer margem a dúvidas, à época (muitos dos seus dispositivos foram revogados pelo Código de Processo Civil de 2015), ao dispor sobre as ações penais originárias e sobre os respectivos procedimentos, não contemplando, à obviedade, os embargos infringentes do art. 333, RISTF. Ou seja, ao contemplar o *processo* e o *procedimento* a citada legislação varreu do mapa os dispositivos regimentais de todos os tribunais que fossem incompatíveis com aqueles – e, evidentemente, não foram repristinados após a revogação parcial da Lei nº 8.038/90 operada pela nova legislação processual civil.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu Regimento Interno para atribuir às Turmas a competência para o julgamento da maioria das ações penais originárias, reservando ao Plenário apenas aquelas imputadas ao Presidente e Vice-Presidente da República, aos Presidentes das Casas do Congresso, aos próprios membros do STF e ao Procurador-Geral da República. Como se vê, agora, não resta dúvida alguma quanto ao cabimento de embargos infringentes contra decisões não unânimes das Turmas em ações penais originárias, exigindo-se, nesses casos, a existência de ao menos 2 (dois) votos minoritários, e desde que sejam absolutórios em sentido próprio (não bastando, para tal, decisões que reconhecem a prescrição, por exemplo), tal qual decidido na AP 863 EI-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin julgado em 19 de abril de 2018.

Excepcionalmente (APN 929 ED, 2º julgamento EI/AL, Rel. Min. Luiz Fu julgado em 17.10.2018), admitiu-se esse recurso mesmo quando havia somente *um*

voto pela absolvição, no caso em que o quórum não estava completo, entendendo que o réu não poderia ser prejudicado pela ausência de membros daquela Corte no julgamento. No ponto, apesar da razoabilidade da solução apresentada, ficamos com os votos vencidos dos Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, que defendiam a necessidade de se aguardar a composição plena, em tais hipóteses.

Quanto às decisões do Plenário no âmbito de sua competência penal originária (art. 5º, I, RISTF), tudo indica que a Corte irá manter o equivocado entendimento quanto ao cabimento dos embargos infringentes PARA O PRÓPRIO PLENÁRIO quando houver 4 (quatro) ou mais votos vencidos. Equívoco que julgamos já ter demonstrado.

Afinal, como falar-se em duplo grau para o mesmo órgão da jurisdição?!?

Uma última questão.

Haverá situações em que a competência do Supremo Tribunal Federal por prerrogativa de função somente aparecerá no curso da ação ou já em fase recursal. Nesses casos, em que a Corte aprecia a matéria apenas pela via do recurso, parecem-nos evidentemente incabíveis os embargos infringentes, na medida em que o Regimento Interno somente cuida do processo relativo à ação penal originária e não à apreciação de recursos.

Enfim, como a composição da Suprema Corte vem se alterando com grande frequência, aguardemos os próximos julgamentos. Mas, com uma certeza: a alteração da composição do Tribunal não implica *duplo grau de jurisdição* ou o julgamento por órgãos distintos da jurisdição.

16.5 Embargos declaratórios

O recurso de embargos declaratórios é previsto em primeira e em segunda instância.

Contra a sentença, os embargos estão previstos no art. 382 do CPP, cabíveis quando nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão. O referido dispositivo não menciona qualquer outra regra procedimental a ser observada, a não

ser o prazo de dois dias. Não obstante, deverá ser seguida a regra do art. 620 do CPP, no qual se estabelece o cabimento de embargos declaratórios em segunda instância, bem como, por analogia, das disposições do Código de Processo Civil.

E é exatamente em razão da aplicação analógica das regras do Código de Processo Civil que entendemos que a oposição de embargos interrompe o prazo para outros recursos (art. 1.026, do CPC/2015), até porque a decisão poderá ser modificada se acolhidos os embargos.

Eis, então, uma questão ainda bastante controvertida em tema de embargos declaratórios. Afirma-se que de seu julgamento não poderá resultar modificação do julgado, prestando-se eles a apenas esclarecer pontos sobre os quais existam ambiguidades, obscuridade, contradição ou omissões.

Ora, não há como negar, contudo, que se a decisão é omissa quanto a determinada questão, o acolhimento do recurso para o fim de afastar a omissão implicará ou poderá implicar modificação do julgado.

Do mesmo modo, quando houver na decisão contradição, o acolhimento dos embargos deverá (ou poderá) alterar o conteúdo da decisão. Então, não parece rigorosamente correto afirmar-se que os embargos de declaração não podem ter efeitos infringentes do julgado. Podem sim, nos limites em que a decisão se preste a resolver a omissão ou a contradição.

Talvez seja justamente por isso que na AP 516 ED/DF (Rel. orig. Min. Ayres Britto, Red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 05.12.2013) e também na Extradição 591 (Ext 591 IT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 01.06.1995, Tribunal Pleno) o Supremo Tribunal Federal tenha entendido que o condenado que completa 70 anos *depois* da sentença, mas quando ainda pendentes de julgamento os embargos de declaração da decisão, faz jus à redução do prazo prescricional pela metade, nos termos do art. 115 do Código Penal. É dizer, a sentença ainda não está *plenamente formada*, visto que será ainda integrada pelo tanto quanto decidido no julgamento dos embargos declaratórios.

Ou seja, a própria Corte reconhece a possibilidade de alteração substancial do

conteúdo decisório, em se tratando desse recurso.

Em relação à possibilidade de aumento de pena por via de embargos declaratórios, parece-nos que não há qualquer impedimento a que tal se realize, desde que resultante do acolhimento daqueles, com a necessária modificação que esse acolhimento implicar. É claro que isso somente será possível a partir da oposição de embargos pela acusação. Quando pela defesa, mesmo tratando-se de mera correção da decisão, é bem de ver que a modificação da decisão seria a ela desfavorável, aplicando-se, por isso, a regra da vedação da *reformatio in pejus*. Quanto a isso, não se pode esquecer de que os referidos embargos recebem o tratamento de recursos, daí por que cabíveis as limitações pertinentes.

Os embargos são opostos por petição, em que se deve apontar o ponto de obscuridade, de ambiguidade, contradição ou omissão. Do ponto de vista de uma definição do objeto dos embargos, pode-se observar que todas as hipóteses de seu cabimento estariam a impedir a correta aplicação da lei penal, acaso não impugnada a decisão. O risco futuro, portanto, é do reconhecimento da nulidade do julgado, por inexequibilidade.

Todavia, o esclarecimento da omissão, por exemplo, poderia permitir o acesso às vias recursais extraordinárias, com o pré-questionamento da matéria (Súmula 356, STF). Nesse caso, a impugnação se dirigiria à fundamentação da decisão, e não ao seu dispositivo.

A contradição poderá ocorrer, por exemplo, entre a fundamentação e o dispositivo da sentença, podendo revelar, como intuitivo, causa de nulidade absoluta dela, se não corrigida desde logo pelos embargos.

É de cinco dias o prazo relativo aos embargos declaratórios que visam à integração da decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada em processo de ação penal de competência originária, aplicando-se, segundo o Supremo Tribunal Federal, o disposto no art. 337, § 1º, do Regimento Interno daquela Casa, e não o art. 619 do CPP (Ag. Reg. nos Emb. Decl. na AP. nº 361/SC, Rel. Min. Marco Aurélio *Informativo STF* nº 338, mar. 2004).

Todavia, em se tratando de litisconsórcio multitudinário (vários acusados, com

diferentes defensores), se aplicariam as regras do art. 191, do CPC/1973, e art. 229, do CPC/2015, contando-se em dobro o prazo. Foi o quanto se decidiu na AP 470/MG AGR 22º, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que a interposição de extraordinário ou de especial antes dos embargos declaratórios implicaria o dever ou ônus processual de *ratificação* dos recursos após o julgamento daqueles (declaratórios). É o que consta da Súmula 418 – STJ. No entanto, se não houvesse modificação da decisão embargada (efeitos infringentes), não víamos razão alguma para aplicar o referido entendimento sumulado. Para que ratificar-se o recurso se não se modificou o seu objeto (a decisão embargada)? Perfilhando desta mesma compreensão, o Superior Tribunal de Justiça editou recentemente novo Enunciado de Súmula (nº 579), revendo sua posição anterior e encerrando a necessidade de se ratificar o recurso especial interposto quando a decisão anterior não for alterada pelo julgamento dos embargos declaratórios.

A rigor, este raciocínio já tinha sido adotado pelo atual Código de Processo Civil, em seu art. 1.024, § 5º, de tal maneira que o entendimento anterior já não encontrava sustentação legal.

Por fim, ainda que se trate de tema mais afeito ao Direito Penal, merece menção a criação, pela Lei 13.964/19, de hipótese de *suspensão* do curso da *prescrição*: na pendência de embargos de declaração (ou de recursos aos Tribunais Superiores), "quando inadmissíveis". Destaque-se a condicionante "quando inadmissíveis" (ou seja, se o recurso for admissível e julgado pelo mérito, mesmo que desprovido, o curso prescricional não será suspenso).

16.6 Embargos de divergência

A Lei nº 8.038/90, que instituiu normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, teve diversos dispositivos revogados pelo Código de Processo Civil de 2015, dentre os quais o art. 29, que regrava esta modalidade recursal. O procedimento atual, portanto, é aquele

previsto nos arts. 1.043 e 1.044 do CPC.

Nos casos de julgamento por órgão fracionário de recurso extraordinário, na Suprema Corte, e de recurso especial, no Superior Tribunal de Justiça, caberão embargos de divergência no prazo de 15 dias, quando se comprovar que a decisão embargada contraria anterior entendimento sobre a matéria, sufragado por qualquer outro órgão do mesmo Tribunal (art. 1.043).

Ressalte-se que o legislador definiu que somente serão confrontadas teses jurídicas contidas em julgamento de *recursos* e de ações de competência originária. Ou seja, teses expostas em decisões tomadas no julgamento de *habeas corpus* (ou recurso ordinário em *habeas corpus*) – que não é tecnicamente um recurso – não poderão ser utilizadas. A nosso juízo, não se trilhou o melhor caminho. Isso porque, em se tratando de questões unicamente de direito, não vemos motivos para impedir que a tese então julgada seja utilizada, já que o *writ* não comporta nenhuma limitação na análise dessa natureza.

E, como se percebe, a divergência somente ocorrerá em relação a questões de direito, já que aqueles recursos (especial e extraordinário) têm como pressuposto a possível violação da legislação infraconstitucional ou da própria Constituição.

16.7 Carta testemunhável

A Carta Testemunhável, antiquíssima, é um recurso de pouquíssima utilização prática. Dirige-se contra a decisão que denega recurso interposto (art. 639, I, CPP) ou que impede o seguimento daquele admitido (art. 639, II, CPP).

Entretanto, somente será cabível quando a lei não previr expressamente outra modalidade recursal. Contra a denegação de apelação, por exemplo, cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XV, do CPP. Contra a decisão que não admite recurso extraordinário ou especial, cabe agravo de instrumento (art. 1.042, CPC). Assim, a Carta dirigia-se, basicamente, contra a denegação do recurso em sentido estrito.

A sua interposição deve ser feita no prazo de 48 horas, devendo o requerente

indicar as peças para a formação do instrumento. O recurso (da Carta) não terá efeito suspensivo (art. 646, CPP).

O procedimento da Carta Testemunhável vem alinhado no art. 639 e seguintes do CPP; na instância superior, seguirá o rito do recurso denegado (art. 645, CPP).

16.8 Agravo de execução

O agravo no processo penal é aquele mencionado no art. 197 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Entretanto, não há previsão legal do rito procedimental a ser seguido, quando manejado o aludido recurso. Em relação a ele, o art. 197 dispõe apenas que "*das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo*". O juiz ali mencionado é, evidentemente, o juiz da execução penal.

A partir daí, da ausência de critérios legais a determinar o rito do recurso, parte da doutrina passou a entender que deveria ser observado o procedimento do agravo de instrumento do Código de Processo Civil. E assim não só pela identidade da terminologia utilizada em ambos, mas também pelo fato de que, ao tempo da elaboração da Lei de Execução Penal, encontrava-se em tramitação um projeto de novo Código de Processo Penal. Nesse projeto, era previsto o agravo de instrumento. Assim, para dar à matéria tratamento uniformizado, a Lei de Execução Penal referiu-se ao agravo (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001, p. 196).

Outros autores passaram a sustentar que o procedimento a ser seguido deveria ser o do recurso em sentido estrito, pelo fato de ele se revelar mais adequado às questões penais, já que aplicável a um grande número de decisões interlocutórias.

Como o tratamento de ambos, agravo de instrumento e recurso em sentido estrito, atualmente, depois da Lei nº 9.139/95 e da Lei nº 12.322/10 (esta última quanto ao processamento do agravo contra decisão que não admite recurso especial e/ou extraordinário), é bastante diferente, inclusive no que respeita ao prazo de interposição, parte da doutrina sustenta que deveria ser utilizado o rito do agravo, mas adaptando-o às peculiaridades do processo penal, sobretudo no que respeita à

execução de sentença.

A nosso sentir, a sugestão, malgrado seus nobres propósitos, terminaria por criar um novo procedimento, com o inconveniente de, à ausência de texto legal expresso, impedir a elaboração de critérios específicos para a solução da questão.

O problema atual em relação ao agravo de instrumento, por exemplo, é que o apontado recurso é interposto diretamente no tribunal competente para o seu julgamento (art. 1.016, CPC/2015). Além do mais, há nele (art. 1.017, CPC/2015) exigências de ordem formal (petição escrita, acompanhada de razões) que se revelam inteiramente inadequadas a socorrer o processo de execução penal em curso, particularmente no que toca aos interesses do condenado.

Por isso, pensamos que deve ser adotado, para o agravo em execução penal, o procedimento do recurso em sentido estrito, perfeitamente adaptado à teoria dos recursos em matéria processual penal, e em que se permite, com maior celeridade, o juízo de retratação do órgão jurisdicional *a quo*. O prazo de interposição, assim, seria de cinco dias, aplicando-se a ele as disposições dos arts. 586 e seguintes do CPP, além das normas gerais previstas nos arts. 574 e seguintes do mesmo Código.

Referido entendimento veio a ser consolidado na Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor: "*É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal*."

Será cabível, por fim, de todas as decisões proferidas pelo juiz da execução penal. Nesse passo, diversos incisos do art. 581 do CPP tiveram afastada a sua aplicação, por força do agravo de execução, conforme já visto no estudo do recurso em sentido estrito. No caso de decisão proferida pelo juiz singular (do processo de conhecimento, e não da execução), poderá ser ainda cabível o recurso em sentido estrito, se for o caso (art. 581, XI, CPP).

Como se trata de incidente de execução, a legitimação para o manejo do agravo é a mais ampla possível, nos termos do art. 195 da LEP (Ministério Público, o condenado, ou seu representante, cônjuge, parente ou descendente).

16.9 Correição parcial

A admissão da correição parcial, como recurso previsto regularmente em lei, somente se consolidou no Brasil a partir da Lei nº 5.010/66, a qual, ao instituir a Justiça Federal, previu a correição parcial requerida pela parte ou pelo Ministério Público Federal contra ato ou despacho do juiz de que não caiba recurso, ou omissão que importe erro de ofício ou abuso de direito (art. 6º).

Historicamente, e ainda hoje, trata-se de recurso interposto exclusivamente contra ato do juiz, praticado com *error in procedendo*, isto é, erro de procedimento. Poderá ser endereçado tanto contra ato específico praticado em determinado processo como em relação a atos futuros, desde que demonstrada a viabilidade do temor de repetição da ilegalidade.

Normalmente, o procedimento é previsto em leis de organização judiciária, podendo variar de Estado para Estado. A regra, porém, é a adoção do rito de agravo de instrumento, se não houver previsão expressa em sentido contrário.

No âmbito da Justiça Federal, como vimos, o recurso deverá ser interposto no prazo de cinco dias, para o Conselho da Justiça Federal, nos termos do art. 6º da Lei nº 5.010/66.

Nos termos do disposto no art. 105, parágrafo único, II, da CF, com a redação dada pela EC nº 45/04, compete ao Conselho da Justiça Federal, na forma prevista em lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal. E mais: atribuiu-se ao aludido Conselho poderes correcionais, com efeitos vinculantes. É dizer: resolvido um incidente de correição parcial, a decisão vincularia todo o Poder Judiciário federal, no âmbito da matéria julgada.

Todavia, e como ocorre em relação a qualquer norma que estabeleça o alinhamento automático de órgãos livres e independentes funcionalmente, parece-nos necessária a regulamentação da matéria em lei específica, consoante já se anuncia na própria redação do citado inc. II: "na forma da lei".

16.10 Recurso ordinário, extraordinário e especial

O primeiro ponto a ser abordado, no tema, é a inovação trazida pela Lei 13.964/19 no art. 638, que esclareceu: "*o recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos*".

A alteração legislativa veio apenas corrigir o que sistemicamente já ocorria na prática. A regulação efetiva do processamento dos recursos de natureza extraordinária não mais estava precipuamente nos regimentos internos, mas na legislação ordinária.

Assim, e na mesma linha do que defendíamos até essa pequena alteração, há que se reportar aos arts. 1.029 e seguintes do CPC/2015, que regulam o tema (sendo anteriormente aplicáveis os arts. 26 a 28 da Lei nº 8.038), que tratam dos recursos extraordinário e especial, com a complementação das disposições do Regimento Interno que tratam da forma de processamento do recurso extraordinário no âmbito no Supremo Tribunal Federal e do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, um alerta de suma importância: o Código de Processo Penal não foi – nem poderia ter sido – "atualizado" pelo diploma processual civil mais recente. Há várias normas que não são aplicáveis ao âmbito criminal, tal como a que estabelece que os prazos processuais somente contarão os dias úteis (art. 219 da Lei nº 13.105/15). Como o CPP dispõe de maneira diversa (art. 798), deverá este prevalecer, inclusive em relação aos procedimentos que agora são contemplados pelo CPC (Reclamação, Recurso Especial, etc.).

A título de exemplo, consideremos o Agravo contra inadmissão de RE/REsp: embora o prazo para sua interposição seja, atualmente, de 15 dias, a contagem deverá ser feita de forma contínua, englobando os dias não úteis. A interpretação analógica não implica adotar todos os aspectos de um determinado procedimento, mas somente aquilo que for necessário e adequado para sua aplicação – desde que essa "divisão" não desconfigure o instituto por completo, é claro.

Semelhante raciocínio foi empregado recentemente pelo STJ, no AgRg na Reclamação nº 30.714/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, publicado em 4.5.2016, como se vê:

"PROCESSUAL CIVIL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAM. RECURSO QUE IMPUGNA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR PROFERIDA APÓS A EN EM VIGOR DO NOVO CPC. PRAZO AINDA REGIDO PELO ART. 39 DA LEI nº 8.0 INTEMPESTIVIDADE.

1. O agravo contra decisão monocrática de Relator, em controvérsias que versam sobre matéria penal ou processual penal, nos tribunais superiores, não obedece às regras no novo CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219, Lei nº 13.105/15) e ao estabelecimento de prazo de 15 (quinze) dias para todos os recursos, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, § 5º, Lei nº 13.105/2015).

2. Isso porque, no ponto, não foi revogada, expressamente, como ocorreu com outros de seus artigos, a norma especial da Lei nº 8.038/90 que estabelece o prazo de cinco dias para o agravo interno.

3. Além disso, a regra do art. 798 do Código de Processo Penal, segundo a qual "Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado" constitui norma especial em relação às alterações trazidas pela Lei nº 13.105/15.

4. Precedente recente desta Corte: AgInt no CC nº 145.748/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 13.4.2016, *DJe* 18.04.2016.

5. Assim sendo, interposto o agravo regimental em 11.4.2016 (segunda-feira) contra decisão monocrática de Relator publicada em 30.3.2016, é forçoso reconhecer a intempestividade do recurso, por não ter obedecido ao prazo de 5 (cinco) dias corridos, previsto no art. 39 da Lei nº 8.038/90.

6. Agravo regimental de que não se conhece, em razão da sua intempestividade."

O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu números finais à questão em maio de 2019 (AgR na Reclamação 25.638, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin), mantendo as regras do Código de Processo Penal e da Lei nº 8.038/90 e rejeitando a aplicação do Código de Processo Civil no ponto.

Por fim, renove-se a menção feita à nova hipótese de suspensão do prazo prescricional: na pendência de recursos aos Tribunais Superiores, *quando inadmissíveis*. É dizer, quando o recurso foi admitido, o prazo da prescrição correrá normalmente.

16.10.1 Recurso ordinário

Entre os recursos constitucionais, o que oferece menos dificuldades para o seu manejo é o recurso ordinário, da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Nos termos do art. 102, II, da CF, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar en

recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
b) o crime político.

No primeiro caso, cuida-se de decisão denegatória de *habeas corpus* proferida por qualquer Tribunal Superior (STJ, por exemplo), em única instância. Por exemplo em ação penal originária proposta perante Tribunal de Justiça, contra prefeito, a decretação de prisão preventiva deste por aquele órgão ensejará a impetração de *habeas corpus* no STJ (art. 105, I,*c*, CF). Então, se denegatória a decisão no STJ caberia o recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Ocorre, todavia, que na prática, em vez de interpor o recurso ordinário constitucional, é comum o jurisdicionado se valer do chamado *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, a ser impetrado diretamente no Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102, I, *i*, da CF. Impende observar, a respeito do chamado *habeas corpus* substitutivo, que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, alterando sua jurisprudência anterior, tem entendido que este expediente constitui burla ao sistema, tendo em vista a existência de recurso cabível, ressalvada a possibilidade de flexibilização do entendimento circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia (STF: HC nº 109.956/PR; HC n 113462/MG; HC nº 107229/PA). Também o STJ: HC nº 220.978/RJ – 5ª Turma, Re Min. Laurita Vaz, 23.10.2012.

Quando se tratar de réu preso, não vemos como acompanhar o aludido entendimento. E a tanto não basta o argumento de que aquela Corte poderia socorrer-se do *habeas corpus* de ofício. Ora, o que se cuida é da possibilidade ou não do manejo de instrumento constitucional vocacionado à tutela do direito de locomoção. Se solto o réu, estaria correta a decisão, na medida em que não haveria razão alguma para a preferência no julgamento de questões processuais ou de mérito apenas pelo fato de estarem contidas em *habeas corpus*. Ressalvadas, é claro, as decisões manifestamente ilegais ou abusivas.

De todo modo, melhor aguardar a posição do Plenário para se pretender contornos definitivos à matéria.

No segundo caso, do crime político, malgrado o entendimento de alguns, no sentido da inexistência de tais crimes em nosso ordenamento, o fato é que a Suprema Corte, corretamente, reconhece a subsistência dessa conceituação para alguns tipos penais da Lei nº 7.170/83, ainda vigentes. Reconhece, mais, ser cabível o recurso ordinário diretamente para a Suprema Corte, da decisão proferida pelo Juiz Federal Nessa hipótese, segundo decidiu aquela Corte, não se aplicaria o recurso de apelação para o Tribunal Regional Federal (HC nº 74.782-5/RJ, de 13.5.1997, Rel. Min. Ilma Galvão). Para mais esclarecimentos sobre o tema, ver item 7.5.1.1, *a*.

No Superior Tribunal de Justiça, o recurso ordinário será cabível para julgar:

a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

Trata-se, como se vê, de recurso para reapreciação da matéria veiculada em *habeas corpus* julgado nas instâncias inferiores, seja em processos de competência originária, seja da competência recursal daqueles tribunais (TJ, TRF).

Nada impedia, contudo, e assim se manifestava a jurisprudência (STJ, HC nº 101.870/ RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 14.6.2011), que o interessado se valesse do chamado *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, a ser impetrado diretamente no Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 105, *c*, da CF. Ocorre que, por ocasião do entendimento formado na 1ª Turma do STF, no HC nº 109.956/ PR, nos termos do que se viu acima, a 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça passaram a entender não ser cabível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, a se apontar, entre outros julgados: HC nº 220.978/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz *DJ* 23.10.2012; HC nº 140.718/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, *DJ* 25.10.2012).

Quanto aos efeitos, o recurso ordinário, como o próprio nome indica, constitui via ordinária de impugnação, o que significa dizer que o seu efeito devolutivo é o mais amplo possível, segundo a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*. Poderá o tribunal conhecer, assim, de toda a matéria de fato e de direito impugnada.

No que se refere ao seu processamento, a matéria vem regulada na Lei nº 8.038/90, bem como nos Regimentos Internos do STF e do STJ. Deve ser interpost no prazo de cinco dias (art. 30, Lei nº 8.038/90), e, apenas, *secundum eventum litis*, isto é, somente quando denegatória a decisão.

Sobre o tema, ver, conforme aqui sustentado, Súmula 699 do STF: "*O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei nº 8.038/90, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei nº 8.950/94 ao Código de Processo Civil*".

Da decisão final do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça ainda poderá ser cabível o recurso extraordinário no STF quando se tratar de questão de direito, de fundo exclusivamente constitucional.

16.10.2 Recurso especial

A jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à competência recursal de ambos na via extraordinária, afirma-se sobretudo como instrumento de tutela da legislação infraconstitucional (pelo Superior Tribunal de Justiça) e da própria Constituição (pelo Supremo Tribunal Federal).

No Superior Tribunal de Justiça é feito o controle difuso da legislação infraconstitucional, pela via do recurso especial, cabível para o julgamento das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (art. 105, III, CF) quando a decisão recorrida:

"Art. 105. [...]

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência."

Para uma adequada compreensão dos recursos de índole extraordinária, casos do recurso especial e do extraordinário, é preciso considerar que se trata de uma via excepcionalíssima de impugnação. A regra é, portanto, a solução das questões jurídicas nas instâncias ordinárias.

A partir daí, ficará mais fácil entender por que os aludidos Tribunais Superiores (STF e STJ) fazem uma leitura restritiva das normas constitucionais que preveem o cabimento dos respectivos recursos.

No passado, a Suprema Corte teve oportunidade de elaborar uma jurisprudência fundada em uma suposta razoabilidade da interpretação dada pelo tribunal recorrido, com o objetivo de obstar impugnações fundadas em contrariedade a dispositivo da Constituição. Tal posicionamento veio até a ser sumulado (antiga e já cancelada Súmula 400, STF).

Nesse sentido, o cabimento do recurso sob a alegação de contrariedade a tratado ou lei federal, ou negativa de vigência desses instrumentos normativos, não oferece as mesmas facilidades daquele previsto em relação à ação de revisão criminal (art. 621, I, CPP).

Entretanto, no fundo, as questões são as mesmas. Decisão que contraria lei federal é decisão cuja interpretação do direito aplicável ao caso concreto não tenha levado em consideração norma expressa sobre a matéria. Quando, ao contrário, a decisão sustenta explicitamente a não aplicabilidade ou mesmo a revogação de texto legal, a hipótese estaria caracterizando negativa de vigência.

Tudo se resume, ao fim e ao cabo, a uma questão hermenêutica. Quando a Súmula 400 do STF se referia à interpretação razoável, o objetivo era a restrição, o quanto possível, do acesso à via extraordinária, ao tempo em que se reconhecia a possibilidade, sempre factível, de divergência nas leituras dos textos legais e da aplicação do direito. As leis não falam por si só. Pedem interpretação. E essa ou essas poderão ser divergentes, sem que se esteja necessariamente diante de uma contrariedade a uma norma legal, a menos que na própria decisão recuse-se aplicação àquela.

A contrariedade à lei federal termina por se revelar, então, apenas como uma contrariedade ao entendimento que tem o Superior Tribunal de Justiça sobre o conteúdo de determinada norma legal. Por isso, quando a decisão contrariar súmula dos Tribunais Superiores, não se poderá pensar em contrariedade à lei federal.

Já a negativa de vigência, como vimos, permite a fixação de um critério objetivo acerca dessa espécie de cabimento de recurso especial. Ter-se-á negativa de vigência quando explicitamente for recusada a aplicabilidade de determinada lei, com fundamento em uma possível e alegada revogação de sua vigência por outra posterior.

"Art. 105. [...]
III – [...]
b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal."

Na redação anterior, antes da EC nº 45, a competência do Superior Tribunal de Justiça estendia-se também para o julgamento de recurso especial interposto contra decisão que julgasse válida lei local, e não só ato de governo local. Em relação às leis locais, a competência passou a ser do Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, d) Explica-se: se o confronto entre a validade de lei local em face de lei federal implica a afirmação da validade desta última – a lei federal –, é possível vislumbrar em tal decisão o reconhecimento, também, da constitucionalidade da aludida lei federal. Assim, e como a competência para o exame de constitucionalidade das leis é da Suprema Corte, deferiu-se a essa jurisdição, desde logo, o controle de validade de lei local.

É de se ver que a distinção entre atos do governo local e lei local situa-se no plano da definição de competência dos Poderes Públicos, sendo os primeiros de natureza executiva, e os segundos de natureza legislativa. O juízo acerca da validade da lei e da validade do ato executivo pode mesmo ser distinto, já que nem sempre o ato de governo local se fundamentará em lei local e, sim, em lei federal.

Ao Superior Tribunal de Justiça resta, então, o exame de validade de ato de governo local, em face de lei federal, o que significa dizer que a este Egrégio Tribunal reserva-se a afirmação da validade desta última apenas em confronto com o

ato do executivo que nela tenha fundamento, e não em face da Constituição da República.

"Art. 105. [...]
III – [...]
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."

Cuida-se de controle típico de uniformização de jurisprudência, para que se faça valer o entendimento da Corte responsável pela última palavra em sede da interpretação da legislação infraconstitucional.

Para que se faça o confronto, é preciso também que as decisões paradigmáticas tenham esgotado as vias ordinárias de impugnação (se uma delas puder ainda ser impugnada por embargos infringentes, por exemplo, não se prestará ao confronto); que as decisões tenham sido proferidas por tribunais diversos, ainda que do mesmo Estado (Justiça); e que o entendimento apontado como divergente não tenha sido já superado na jurisprudência dos Tribunais Superiores (Súmula 83, STJ).

E mais. As decisões (ou decisão) divergentes deverão ser comprovadas por certidão, ou por meio de publicação em repertório de jurisprudência reconhecido pela Corte recorrida, devendo ser transcritas as partes ou trechos em que esteja demonstrado o posicionamento divergente. O conflito há de se estabelecer entre a parte dispositiva da decisão, e não entre os fundamentos de uma e outra (art. 1.029, § 1º, do CPC).

Cumpre ainda observar que o esgotamento prévio da via recursal ordinária é também um requisito genérico de cabimento de todo recurso especial, até porque, se a via a ser acessada é a extraordinária, somente quando encerrada a outra (ordinária) é que, efetivamente, pode-se falar no aludido recurso, ao menos no que respeita à questão do interesse em recorrer (para aquele tribunal).

Sobre a vedação recursal ao reexame de provas, presente no âmbito do recurso especial (também no recurso extraordinário), e preconizada pela Súmula 7/STJ (a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial), registre-se:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, IV, DO

REEXAME E REVALORAÇÃO DE PROVAS. PRONÚNCIA. *DUBIO PRO SOCIETATE*.

I – A revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes).

II – Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio *in dubio pro societate* (Precedentes).

III – Na hipótese vertente, o v. acórdão atacado, ao confirmar a r. decisão que havia impronunciado o recorrido, não evidenciou ser abusiva e despropositada a acusação. Desse modo, configurada a dúvida sobre a participação do recorrido nos fatos em apuração, deve-se levar a solução da causa ao Tribunal Popular, constitucionalmente encarregado desta missão (*ex vi* art. 5º, inciso XXXVIII, da CF).

Recurso especial provido" (REsp. 878334/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 5.12.2006, *DJ* 26.2.2007 p. 639).

a) O pré-questionamento

Ainda na perspectiva da redução do campo de acesso às vias recursais extraordinárias, já é uma tradição em nosso Direito a exigência do pré-questionamento da matéria de direito, tanto para o cabimento do recurso especial quanto do recurso extraordinário.

Por pré-questionamento há de se entender a provocação das instâncias ordinárias (normalmente os tribunais de segundo grau) acerca da questão de direito controvertida, de modo a se obter ali um pronunciamento judicial prévio, sob o qual se interporá o recurso cabível (especial ou extraordinário).

A matéria a ser pré-questionada é, evidentemente, aquela incluída nas hipóteses de cabimento do recurso, ou seja, no caso do recurso especial, a matéria constante do art. 105, III, da CF. Para tal finalidade, admite-se o manejo até mesmo dos embargos declaratórios, destinados, então, a ventilar a questão na decisão recorrida, sobretudo no caso de recurso fundado em contrariedade daquela (decisão) com tratado ou lei federal (STF – Súmulas 282 e 356).

Quando, porém, a questão de direito controvertida somente se puser no julgamento em segunda instância, não se poderá, como parece óbvio, exigir que o recorrente tenha pré-questionado a matéria perante aquele tribunal. Nesse caso, será dispensável

a oposição de embargos declaratórios com esse objetivo, pois dela já teria conhecido o órgão de segundo grau.

b) A execução provisória

Vimos que a jurisprudência da Suprema Corte recentemente alterou seu entendimento acerca da execução provisória em matéria penal. No julgamento proferido nos autos das ADCs nºs 43, 44 e 54/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07.11.2019), o Plenário afastou a possibilidade de execução provisória da pena, que até então incidia – como regra – após a condenação em segundo grau.

Acerca da matéria, já tivemos oportunidade de salientar a aludida alteração de jurisprudência (ver, mais extensamente sobre o tema, item 3.3.1.5), que trilhou bom caminho ao respeitar a opção legislativa – criticável, mas legítima! – expressa no art. 283, CPP.

c) Procedimento

A Lei nº 13.105/15 veio a alterar a tramitação do recurso especial, detalhando em seus arts. 1.036 a 1.041 o procedimento tendente à identificação de *recursos repetitivos*. A simples leitura dos dispositivos já fala por si só.

Quanto ao mais, o recurso deve obedecer à tramitação prevista nos arts. 1.029 a 1.035, cujos termos, de tão claros e evidentes, dispensam reprodução.

Acrescentaríamos apenas que o prazo de interposição do especial é de 15 dias, devendo a parte respondê-lo no mesmo prazo. Em seguida, o Tribunal, por ato de seu Presidente, deverá exercer o juízo de admissibilidade do recurso (aqui há um problema: a nº Lei 8.038, em seu art. 27, § 1º, fixava o prazo de cinco dias para o exercício do juízo de admissibilidade. O CPC, porém, não fixa prazo algum no art. 1.030. Uma vez que a regra anterior foi expressamente revogada pelo diploma processual civil, pensamos inadequada a utilização do prazo antigo. Ficamos, portanto, com o prazo de *vinte dias* previsto no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça em seu art. 255, § 4º).

Se tiver havido interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário, o julgamento deste deverá aguardar o daquele (art. 1.031 do CPC). Nesse caso, cumpre lembrar que se abre a possibilidade de o recurso extraordinário restar prejudicado pela solução dada no julgamento do recurso especial (se acolhido, é claro). O exame da prejudicialidade será feito na Suprema Corte, pelo Relator a quem couber o extraordinário. Se o Relator do recurso especial entender que a apreciação do extraordinário seria prejudicial daquele (questão constitucional que resolveria o recurso especial), sobrestará o seu julgamento, remetendo os autos ao STF (art. 1.031, § 2º), a quem cabe aceitar ou não a prejudicialidade.

Denegado o recurso, e desde que a inadmissão não tenha sido fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos, caberá agravo no prazo de quinze dias (destaque-se que o art. 28 da Lei nº 8.038 previa originalmente o prazo de 5 dias, mas a revogação deste dispositivo inviabiliza a utilização deste prazo. Outra solução não há que não aplicar o art. 1.042 do CPC c/c art. 1.003, § 5º, que determina o prazo de 15 dias, visto que inexiste dispositivo pertinente a este agravo na Lei nº 8.038/90. O artigo 39 daquela Lei, ainda em vigor, refere-se somente ao *agravo interno*, que possui configuração consideravelmente diversa do agravo em recurso especial ou extraordinário – bastando dizer que o primeiro é julgado pelo *mesmo* Tribunal, ao passo que o segundo é julgado pelo STJ ou STF, conforme se trate de recurso especial ou extraordinário).

Uma curiosidade: o Superior Tribunal de Justiça já expôs o *insustentável* entendimento de que por ser este agravo (em recurso especial) o único recurso cabível contra a decisão que nega seguimento a recurso especial, eventuais embargos declaratórios *não interromperiam* o prazo para a sua interposição (Agravo interno no Agravo em Recurso Especial 1.457.368-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Ora, o equívoco no raciocínio salta aos olhos: é que, ao menos em princípio, só haverá um recurso cabível contra *qualquer decisão*. De fato, é precisamente este o conteúdo do princípio da unirrecorribilidade! Assim, nada há de "especial" neste tipo de agravo (agravo em recurso especial) que permita a distinção em relação a outros

recursos. Além disso, é cediço que os embargos declaratórios são oponíveis contra *qualquer decisão*, e *sempre* interrompem o prazo (exceção feita às hipóteses em que não são *conhecidos*), ainda que venham a ser rejeitados. A tese nos parece absolutamente indefensável, e certamente o Supremo Tribunal Federal será instado a se posicionar sobre o tema. Aguardemos.

Como já vimos (item 16.6), serão cabíveis ainda embargos de divergência, no prazo de 15 dias, quando houver divergência no julgamento do recurso especial (arts. 1.043 e 1.044 do CPC, considerando que o art. 29 da Lei nº 8.038/90 foi revogado).

Digno de nota, ainda, que o juízo de admissibilidade de recursos de natureza extraordinária (como o especial) está sujeito a duplo controle, de forma que a aferição de sua regularidade feita pelo Tribunal *a quo* não vincula o Tribunal *ad quem*, que deverá inclusive analisar eventual parte que não foi admitida na origem (neste sentido, REsp 1.829.744/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior).

16.10.3 Recurso extraordinário

A maioria das observações feitas em relação ao recurso especial é inteiramente cabível em relação ao recurso extraordinário. A distinção essencial que há entre eles diz respeito à natureza do controle normativo que é feito por meio de um e de outro.

O recurso extraordinário é o meio de controle difuso da constitucionalidade das leis, podendo ser interposto, nos termos do art. 102, III, *a, b* e *c*, da Constituição da República.

A Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe algumas alterações, substanciais, tanto em relação à competência recursal do Supremo Tribunal Federal quanto em relação à competência originária.

Em relação a esta última (originária), foi deslocada para o Superior Tribunal de Justiça a competência para a "*homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias*", conforme previsto no atual art. 105, I, *i*, da CF, bem como foram instituídas e deferidas à Suprema Corte as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 102, I

r, CF).

Com referência à alteração de competência recursal, a EC nº 45/04, além das hipóteses previstas no art. 102, III, *a, b* e *c*, incluiu a competência para o julgamento de recurso extraordinário contra decisão que "*julgar válida lei local contestada em face de lei federal*" (art. 102, III, *d*), que, na redação anterior, era atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Com isso, o recurso extraordinário passa a impugnar a decisão que:

"Art. 102. [...]
III – [...]
a) contrariar dispositivo da Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal."

A mudança, com a inclusão da alínea *d*, é estratégica e encontra-se alinhada aos propósitos norteadores da chamada Reforma do Judiciário, que, entre outros objetivos, anuncia uma pretensão de uniformização das decisões judiciais. Caberia, assim, ao Supremo Tribunal Federal, com a atribuição de editar súmulas vinculantes, pacificar as decisões judiciais acerca de questões que, eventualmente, estejam contrariando a jurisprudência daquela Corte.

Por isso, a atração, do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal, da apreciação de decisão que julgue válida lei local contestada em face de lei federal. Como a decisão sobre a validade de lei local inclui o exame da constitucionalidade da lei federal arguida (art. 102, III, *b*), a Suprema Corte, em um mesmo julgamento, resolveria acerca da "*validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários*", consoante se prevê no art. 103-A, § 1º, da Constituição da República.

Veja-se o que dispõe o § 3º do art. 102 da CF:

> "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim

de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros."

Que ninguém se iluda.

Não se trata de suposta abertura ao cabimento do recurso extraordinário. Ao contrário. A hipótese é inversa.

Assim, além dos demais requisitos de admissibilidade, conforme previsto no art. 102, III, também deverá ser suscitada ou arguida a relevância da questão constitucional tratada nos autos – à maneira da antiga arguição de relevância da questão federal. Então, após ultrapassado o juízo de admissibilidade estrito, o recurso ainda deverá ser examinado à luz de outro requisito de admissibilidade, que, dependendo do entendimento da Corte sobre a matéria, poderá inviabilizar o seu conhecimento, por dois terços de seus membros, por não entender suficientemente relevante a questão constitucional.

A Lei nº 13.105/2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil, regulamenta a questão, nesses termos:

"Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016);

III – tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no

território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016.)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 10. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016.)

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão".

Como se vê, o que já previámos: o acesso ao Supremo Tribunal Federal (que deveria mesmo ser reservado à matéria constitucional) está cada dia mais difícil, à exceção da via do *habeas corpus* e do recurso ordinário que não se abre ao juízo de admissibilidade, relativamente à questão da repercussão geral.

Quanto ao mais, isto é, no âmbito próprio do recurso extraordinário, a via recursal processual penal foi sensivelmente reduzida, embora não se saiba exatamente qual será a dimensão *econômica, política* ou *social* exigida no art. 1.035, § 1º, que autorizará o recurso em matéria criminal. As alternativas são: ou o *habeas corpus*, que dispensa repercussão geral, mas exige ameaça à liberdade de ir e vir, o recurso ordinário, ou, ainda, a presença de divergência da decisão com súmula ou jurisprudência dominante na Corte. Ou seja, a repercussão geral se limitará às questões processuais penais objetivas, isto é, àquelas sobre as quais haja manifestação já consolidada naquele Tribunal.

A aplicabilidade da repercussão geral aos processos criminais foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 664.567-2/RS, (AI QO nº 664567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 6.9.2007).

A mesma Corte já havia reconhecido, no julgamento do RE nº 583.937/RJ, a

repercussão geral de matéria processual penal (e constitucional, por certo!), e mais recentemente, no RE 966.177 RG/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 07.06.17, foram fixada seis teses sobre o ponto: i) no sentido de que há possibilidade de sobrestamento dos processos pendentes que versem sobre o mesmo tema (prevista no § 5º do art. 1.035) até nos processos de natureza penal; ii) que esta suspensão é facultativa, cabendo ao relator do recurso paradigma determiná-la ou modulá-la; iii) que a prescrição dos crimes será imediatamente suspensa, na hipótese de haver efetivamente o sobrestamento dos processos relacionados ao tema da repercussão geral; iv) que o mencionado sobrestamento não atingirá inquéritos policiais e procedimentos investigatórios em curso; v) que tal possibilidade jamais abarcará aqueles processos nos quais haja réu preso provisoriamente; e, por fim, vi) que o juiz de primeiro grau poderá determinar a produção de provas urgentes, caso julgue necessário.

Se o Código de Processo Penal prevê hipótese de suspensão facultativa do processo levando em consideração o resultado de julgamento de outro juízo (art. 93), não vemos por que não se admitir o sobrestamento normatizado pelo art. 1.035, § 5º do CPC. E, uma vez admitida, por óbvio, a prescrição também deve ser suspensa (no ponto, remetemos o leitor ao item 12.1.4, onde se aponta que "*Ora, se a prescrição penal tem o controle das atividades persecutórias penais, uma vez que esteja impedido o Estado de promover a ação penal, não se pode mesmo adotar outra solução que não a suspensão do prazo prescricional*").

Noutro giro, considerou apenas reflexa a ofensa à Constituição quando se tratava de afronta a diversos princípios nela previstos, como se vê da ementa abaixo colacionada:

"1. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependente de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar ofensa apenas reflexa à Constituição da República. Precedentes. 2. Agravo Regimental desprovido" (AI nº 671908 AgR Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 9.10.2007,*DJe*-134 Divulg. 30.10.2007 Public. 31.10.2007 *DJ* 31.10.2007 PP-00089 Ement. Vol. 02296-10 p. 02145).

A violação seria indireta quando a identificação da matéria constitucional atingida

somente pudesse ser realizada pela via do processo dedutivo, como etapa do raciocínio interpretativo. As violações de princípios, como regra, não permitiriam o recurso extraordinário, a não ser quando se tratasse de norma expressa, de eficácia e efeitos individualizáveis, como é o caso do princípio do devido processo legal, do juiz natural e do contraditório, por exemplo. Em matéria penal, contudo, poderá haver situações em que a violação à Constituição ocorra no âmbito de princípios, como na hipótese em que a norma penal incriminadora não proteger efetivamente qualquer valor reconhecido pela comunidade. Uma lei penal que proibisse determinado comportamento com base exclusivamente em afirmação de princípios morais do legislador (opção sexual, liberdade de manifestação ou opinião etc.) poderia ser impugnada pela via do recurso extraordinário, sob o fundamento de violação às referidas garantias fundamentais, agasalhadas pelo art. 5º da CF.

Poderá haver também o controle de constitucionalidade no que se refere ao aspecto formal do ato normativo (inconstitucionalidade formal), por não observância do devido processo legislativo, caso, por exemplo, da criação de norma penal incriminadora por meio de medida provisória. Já as normas não incriminadoras poderiam ser objeto das apontadas medidas provisórias, como já teve oportunidade de reconhecer o STF (RE nº 254.818/PR).

Aliás, registre-se que o Ministério Público Federal será parte legítima para interpor recurso extraordinário das decisões da Justiça dos Estados nas representações de inconstitucionalidade, nos termos do art. 37, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93.

É de se observar, por fim, que, ao contrário do recurso especial, o extraordinário pode ser interposto até contra a decisão de juiz de primeiro grau, desde que se trate de causa decidida em única ou última instância.

A questão sobe de interesse quando se percebe que será possível a interposição de recurso extraordinário até mesmo contra decisão das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, o que não seria possível em relação ao recurso especial, tendo em vista a exigência de causa decidida por tribunal (art. 105, III, CF). Nesse sentido, a Súmula 640 do STF: "*É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de*

primeiro grau nas causas de alçada [matéria cível, acrescentamos nós], ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal."

O procedimento do recurso extraordinário vem expressamente previsto no Código de Processo Civil, seguindo os mesmos passos do recurso especial, quanto ao prazo e à forma de interposição, os pressupostos processuais de cabimento e os efeitos em que deverão ser recebidos, bem assim acerca do juízo de admissibilidade e os recursos eventualmente cabíveis.

16.11 Ações autônomas

16.11.1 Mandado de segurança

O mandado de segurança é atualmente regulamentado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que revogou a anterior, Lei nº 1.533/51, e cabível para a tutela de "*direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data*" (art. 5º, LXIX).

Trata-se de ação, e não de recurso. E de ação mandamental, no sentido de ser destinada à obtenção de ordem judicial dirigida à autoridade apontada como coatora (ou violadora do alegado direito), por meio da qual se exige dessa autoridade determinado comportamento, comissivo ou omissivo, suficiente a fazer cessar a ilegalidade.

De fato, com a ordem de mandado de segurança o que se obtém não é a condenação (sentença condenatória) do sujeito processual passivo ao cumprimento de obrigação específica, nem a constituição (sentença constitutiva) de nova situação jurídica, ou, ainda, de declaração judicial acerca da existência ou não de relação jurídica válida (sentença declaratória). A decisão em mandado de segurança constitui-se em ordem judicial para imediato cumprimento (daí não ter efeito suspensivo), a corrigir o atuar dos agentes do Poder Público, de modo a adequá-lo aos limites da lei. A citada Lei nº 12.016/09 faz referência expressa aos *representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades*

autárquicas, bem como a dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público. Pode ser concedida, inclusive *inaldita altera pars* (sem a manifestação prévia da autoridade), liminarmente.

A autoridade coatora, que deverá responder como sujeito passivo na ação de mandado de segurança, é exatamente aquela responsável pela prática do ato, ainda que futuro (se iminente), violador do alegado direito individual, com poderes, então, para a sua revisão.

Em matéria penal, nem sempre o que estará em disputa é a liberdade individual do réu. Se o for, o remédio constitucional destinado a proteger o jurisdicionado será o *habeas corpus*. No complexo das relações processuais que envolvem as partes no processo penal, são atribuídas a elas determinadas faculdades, bem como determinados direitos subjetivos. A violação a essas faculdades e/ou direitos subjetivos é que ensejará a impetração de mandado de segurança.

As hipóteses de cabimento do *writ* constitucional, no que se refere à definição de seu objeto, são estudadas exaustivamente no processo civil e no Direito Administrativo. O instrumento, enquanto categoria jurídica já consolidada em nosso ordenamento, não apresenta quaisquer distinções conceituais em relação ao processo penal.

Assim, direito líquido e certo é aquele apto a ser exercido imediatamente pelo seu titular, independentemente da eventual complexidade quanto à solução de direito, ou seja, quanto à definição da norma legal aplicável ao caso concreto. A liquidez e a certeza dizem respeito à situação de fato, a não demandar instrução probatória, e à autorização do Direito quanto ao seu imediato exercício.

No que respeita à definição da autoridade coatora, a matéria não oferece maiores dificuldades, porquanto atinente a atos praticados no curso da persecução penal por agentes do Poder Público, embora, em tese, nada impeça que as pessoas a tanto equiparadas (à autoridades) pela Lei nº 12.016/2009, art. 1º, § 1º, possam vir a figurar no polo passivo da impetração.

Como exemplos de hipóteses de cabimento do mandado de segurança em matéria penal, alinharíamos o caso de decisão de indeferimento de habilitação do assistente

(art. 268, CPP); de indeferimento de vista dos autos fora de cartório, em juízo, ou mesmo na Polícia, quando não for o caso de exigência de sigilo das investigações (art. 798, CPP); nos procedimentos de sequestro, arresto ou de restituição de bens apreendidos (arts. 118 e seguintes do CPP); e, finalmente, em todas as situações em que, por não existir ameaça, nem potencial (caso de infração penal cuja pena cabível seja exclusivamente de multa), à liberdade individual, não seja cabível o *habeas corpus*, e estiver configurada a prática de ilegalidade pelos agentes públicos, em prejuízo ao regular exercício de direitos subjetivos.

Pensamos que no caso de indeferimento de alguma das medidas cautelares pessoais previstas no art. 319 e no art. 320, ambos do CPP, não caberá o mandado de segurança, e, sim, o recurso em sentido estrito. Certamente se tentará a impetração de *habeas corpus*, em razão de haver ameaça *mediata* (e não imediata) de prisão preventiva, em caso de descumprimento da cautelar imposta.

Pensamos não ser o caso, conforme já assentamos no Capítulo 11, item 11.4.2. É que, nessa hipótese, o risco da prisão decorrerá de ato imputável unicamente ao acusado e não ao Estado.

O procedimento será o mesmo previsto na Lei nº 12.016/09, aplicável à matéria cível. A autoridade é notificada para prestar informações e oferecer documentos no prazo de dez dias, seguindo-se a manifestação do Ministério Público e a decisão final. Não há, como é óbvio, em razão da natureza célere do *writ* constitucional, uma fase destinada à produção probatória. Daí dizer-se que o mandado de segurança exige prova *pré-constituída*. Da decisão em mandado de segurança caberá o recurso de apelação (art. 14, da Lei nº 12.016/09).

Relembre-se: porque toda impetração em que se queira o reconhecimento de direito à acusação veicula interesse também da defesa, é de se exigir a intimação ou citação do réu – quando ele não compuser ainda a relação jurídica processual – na posição de litisconsorte passivo. É o que se contém na Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal.

Há muito se discute em doutrina se cabível o mandado de segurança contra ato judicial, ante o risco de utilização da ação como sucedâneo recursal, o que

subverteria a sua excepcionalidade.

Atualmente, a despeito da Súmula 267/STF ("*não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*"), admite-se o *writ* para corrigir ato jurisdicional que, produtivo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, não seja impugnável por recurso com efeito suspensivo. Da mesma, no âmbito penal, sua utilização é igualmente excepcional, quando se tratar de decisão judicial teratológica ou de ato irrecorrível que cause gravame à parte. Confira-se:

"A utilização do mandado de segurança contra ato judicial é aceita na jurisprudência quando o mesmo, porventura, seja manifestamente ilegal ou revestido de teratologia" (RMS nº 19.220/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 14.6.2005).

"A despeito do que estabelece a Súmula nº 267/STF, a jurisprudência e doutrina sempre aceitaram o uso do mandado de segurança contra decisão judicial, desde que esta fosse impugnada por recurso próprio, tempestivo e desprovido de efeito suspensivo e, ainda, fosse teratológica e afrontosa ao direito, suscetível de causar dano irreparável ou de difícil reparação" (ROMS nº 14.751/CE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* de 24.6.2003).

Como último registro, aponte-se que o Enunciado 604 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça rejeita totalmente a possibilidade de o Ministério Público se valer dessa ação para *atribuir efeito suspensivo* a recurso criminal. Naturalmente, o mesmo não se aplica ao réu, diante da gravidade das consequências às quais está sujeito, diametralmente distinta da que o *parquet* suporta.

16.11.2 Ação de revisão criminal

a) Considerações gerais

Tivemos oportunidade de dizer, especificamente em relação à teoria dos recursos, que o Estado deveria sempre se preocupar com a possibilidade de revisão dos atos judiciais, quando comprovado o equívoco ou mesmo a injustiça da decisão. Em matéria penal, quando em risco a liberdade individual, direito fundamental da pessoa, semelhante preocupação seria ainda mais justificada.

A ação de revisão criminal tem precisamente este destino: permitir que a decisão

condenatória passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja a partir da atualização da interpretação do direito pelos tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição.

A ação de revisão criminal, como é óbvio, não é permitida à acusação, pois o princípio da vedação da revisão *pro societate* a impediria. Absolvido o réu por sentença passada em julgado, nada mais se poderá fazer em relação aos fatos então (bem ou mal) apreciados.

Mas como a coisa julgada desempenha também um papel de certa relevância para as decisões judiciais condenatórias, compreende-se que a via aberta à ação de revisão criminal não seja assim tão alargada, como se se tratasse de uma nova ação penal *invertida*, isto é, promovida pelo acusado. Por isso, há requisitos mínimos para o ajuizamento de tais ações, a impor que tenham elas *fundamentação vinculada*.

Por fundamentação vinculada estamos nos referindo às exigências a que deverá submeter-se o autor da ação de revisão criminal, no que toca às hipóteses de cabimento da ação.

Vejamos.

b) Cabimento

A primeira e importante observação a ser feita em sede de cabimento da ação de revisão criminal diz respeito à possibilidade de seu ajuizamento para a alteração de decisão proferida pelo Tribunal do Júri.

A argumentação contrária a essa possibilidade residiria no princípio da soberania dos veredictos. No caso da apelação, o impacto causado pela anulação do julgamento seria diminuído pela exigência de novo julgamento pelo mesmo Tribunal do Júri. Na ação de revisão criminal, a competência é sempre de órgãos colegiados da jurisdição togada. Não obstante, temos para nós que a revisão é perfeitamente possível mesmo em relação às decisões do júri.

E assim nos parece porque o princípio da soberania dos veredictos e mesmo a

garantia do próprio Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida foram instituídos em favor dos interesses da defesa. E, por isso, são garantias constitucionais individuais.

Ora, a admissibilidade de uma revisão desses julgados em favor do condenado mantém-se na linha da preservação dos interesses da defesa, vedado que é, também ali, a *reformatio in pejus* (art. 626, parágrafo único, CPP), devendo ser recebida como mais uma garantia posta à disposição do cidadão. Preserva-se, então, a soberania dos veredictos, enquanto *pena máxima* a ser aplicada.

Vamos, então, à identificação da *causa petendi* da revisão.

Caberá a revisão dos processos condenatórios:

"Art. 621. [...]
I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos."

Duas questões são levantadas no aludido dispositivo. A primeira, atinente à interpretação do Direito. Normalmente, a hipótese de revisão criminal sob tal fundamento escora-se no fato de posterior alteração do entendimento jurisprudencial sobre determinada questão jurídica. Quando a alteração é legislativa, nem sequer é necessário o ajuizamento da revisão; basta o requerimento, por simples petição ao juiz da execução, ou até mesmo a impetração de *habeas corpus*.

Contrariedade ao texto de lei, enquanto fundamento da ação, é, portanto, em regra, a reabertura da discussão quanto à mais adequada interpretação do Direito, em atenção às peculiaridades do caso concreto. A amplitude de tal via dependerá da demonstração do grau de alteração da hermenêutica sobre o tema. Poderá, ainda, tratar-se de alegação de contrariedade ao texto de lei, na hipótese de necessidade de alteração do Direito Penal aplicado, no que concerne à correta dosimetria da pena, à classificação correta do tipo penal ao fato imputado e reconhecido na decisão, ou a qualquer outra circunstância que tenha influência na fixação da pena. A contrariedade aqui será ainda acerca da questão de direito (e não de provas), ainda que sobre os fatos.

A outra hipótese alinhada no item I do art. 621 do CPP diz respeito à

contrariedade da decisão à evidência das provas. Então, o campo de discussão a ser reaberto será o da prova. Para que a ação seja conhecida e provida sob tal fundamentação, será necessário que a decisão não esteja apoiada em prova válida e consistente. O problema a ser aqui enfrentado situa-se no princípio do livre convencimento probatório e da inexistência de hierarquia probatória. Posta assim a questão, bastaria que o juiz declinasse uma única prova como razão de seu convencimento e já estaria trancado o acesso à ação de revisão criminal.

A nosso sentir, a questão pode ser entendida de outra maneira.

Em primeiro lugar, é possível que a decisão esteja lastreada em prova cuja inadmissibilidade, porque ilícita ou ilegítima, não tenha sido percebida. Nesse caso, do reconhecimento da ilicitude da prova poderá resultar a inexistência de material probatório para sustentar a condenação.

Em segundo lugar, poderá ocorrer que a lei exija prova técnica específica para a constatação do fato delituoso. Assim, se o juiz valeu-se de outro meio de prova, quando havia prova técnica em sentido contrário, seria cabível a revisão do julgado, precisamente sob tal fundamento. Para um exame mais completo acerca do tema *hierarquia* x *especificidade* de prova, ver item 9.1.3.3.

Caberá, ainda, revisão do julgado condenatório quando se tratar de condenação fundada em prova *indiciária*, em que a conclusão é obtida por meio de processo dedutivo, a qual, no que respeita à constatação de elementares do crime, revela-se absolutamente insuficiente, nem sob a argumentação do livre convencimento.

Questão de grande complexidade diz respeito à possibilidade (ou não) de revisão criminal com fundamento em alteração de jurisprudência sobre questão de direito. A jurisprudência ainda não se animou a permitir semelhante pretensão:

"O art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal determina que caberá revisão criminal 'quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei', o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal" (STJ, RESP nº 706.042/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 7.11.2005). No mesmo sentido: STJ, RESP nº 508695/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* de 2.10.2003.

De nossa parte, ainda que lutemos pela necessária distinção – ao menos

essencialmente – entre funções legislativas e funções judicantes, pensamos de modo diferente. A nosso aviso, recusar a revisão criminal implicaria tratamento judicial *desigual* entre acusados de *um único e mesmo fato*, justificado unicamente por razões de *cronologia cultural*. Ora, o fenômeno da *abolitio criminis* tem por fundamento exatamente isso: a *superação do desvalor da ação ou do resultado pelo decurso do tempo* e pela alteração do *pensar cultural* ou *comunitário*.

A mudança na interpretação do *direito* é fato de alta relevância e significado. Evidentemente que não estamos nos referindo a simples modificações setoriais da jurisprudência, em um ou mais tribunais. Estamos falando é da modificação acerca de determinada interpretação quando emanada do Supremo Tribunal Federal, última instância do Poder Judiciário. Imagine-se, por exemplo, a edição de Súmula Vinculante no Supremo Tribunal Federal, na qual se afirma a nulidade absoluta de processo realizado com tal ou qual violação a esta ou àquela regra procedimental: não seria *desigual* o tratamento reservado ao jurisdicionado já condenado?

E, mais. Não estamos aludindo a situações jurídicas carecedoras de *estabilização* – segurança jurídica – sem as quais estaria comprometido o desenvolvimento econômico ou social dos interessados. Estamos a falar de *imposição de pena*, o que é completamente diferente! Interpretações ampliativas em favor dos acusados em processo penal denotam emancipação no processo civilizatório e reconhecimento da excepcionalidade da intervenção penal, sobretudo em relação à sanção privativa da liberdade.

"Art. 621. [...]
II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos."

O texto, como se observa, fala por si. Basta, então, a alegação da existência de documentos, exames ou depoimentos falsos para que se viabilize o conhecimento da ação de revisão criminal.

"Art. 621. [...]
III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

O fundamento, então, é eminentemente de revisão de provas, quando se sustentará a existência de material probatório não apreciado no processo anterior. De tais provas poderá surgir a inocência, ou a não culpabilidade do condenado, ou até a demonstração de circunstância não reconhecida anteriormente, cuja consequência seja a diminuição da pena.

Curiosamente, no RHC 58.442/SP (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 15.09.2015) o STJ não considerou como prova nova a retratação da vítima registrada em escritura pública, exigindo que o condenado entrasse com um Pedido de Justificação. Decisão tecnicamente correta apesar de rigorosa, posto que uma prova produzida unilateralmente, sem as respectivas cautelas legais, não tem o condão de ensejar ação revisional.

Quanto a essas circunstâncias cuja existência autorize a diminuição da pena, acreditamos que o fato novo poderá incidir até mesmo sobre a operação de dosimetria da pena, e até na fixação das circunstâncias judiciais levadas em consideração – além das demais, é claro. A única exigência é no sentido de que se trate de *novas* provas. Por provas *novas* não se há de entender apenas aquelas surgidas posteriormente, mas todas aquelas que não tiverem sido objeto de apreciação judicial anterior, afinal não se pode estender o campo preclusivo dos atos processuais para além das exigências da realização do Direito. A inocência, nesse passo, ocupa espaço de proeminência.

A ação de revisão poderá ser proposta em qualquer tempo, antes ou após a extinção da pena, no reconhecimento explícito da lei quanto aos efeitos deletérios de uma condenação judicial no patrimônio moral do condenado e de seus familiares.

E mais: o pedido de revisão só poderá ser proposto uma única vez, salvo se fundado em novas provas (art. 622, parágrafo único). Ao contrário do que entende parte da doutrina, pensamos que a vedação à reiteração do pedido independe da identidade das partes no pedido anterior. A vedação é para quaisquer dos legitimados, já que a medida é excepcional. Havendo prova nova, não submetida ao exame nos julgamentos anteriores, será possível a renovação da ação.

Entendemos, ainda, que, quando se admitia a execução provisória da pena já a partir da decisão condenatória em segunda instância, tornava-se cabível a revisão

criminal quando o Recurso Especial era inadmitido na origem. Ainda que não se possa falar de imediato em *trânsito em julgado*, a hipótese era efetivamente de um condenado que já estava cumprindo sua pena sem que houvesse recurso pendente.

c) Legitimação

Diante da gravidade da condenação, como acabamos de afirmar, o art. 623 do CPP permite que a revisão possa ser requerida pelo próprio réu, por seu procurador habilitado e, ainda, no caso de sua morte (ou ausência, incluiríamos nós), pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Nesse ponto, parece-nos irrecusável que não deve ser exigida a capacidade postulatória (advogado devidamente habilitado nos quadros da OAB) do requerente, embora se reconheça que, diante das exigências de fundamentação vinculada para o manejo da ação, dificilmente se conhecerá de ação proposta por quem não tenha conhecimento técnico especializado.

Aliás, não vemos razão alguma para não se admitir a legitimidade do próprio Ministério Público para a ação de revisão. Dizer que falta previsão no Código de Processo Penal não resolve a questão, porquanto, conforme já tivemos oportunidade de salientar tantas vezes, a Constituição da República promoveu verdadeira revolução copérnica no processo penal brasileiro, sobretudo em relação às garantias individuais e ao papel do Ministério Público, órgão inteiramente imparcial em relação às questões penais. É nesse sentido decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG – Revisão Criminal 1.0000.05.430638-6/000 – Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Desª Jane Silva, julgado em 13.11.2006). Por isso, e como compete ao MP zelar pela defesa da ordem jurídica (art. 127, CF), tem ele atribuição para impedir a privação da liberdade de quem esteja injustamente dela privado, seja por meio de *habeas corpus*, seja pela via da revisão criminal.

Assim, lamentável a posição da Suprema Corte sobre o tema, nos termos do julgado cuja ementa se reproduz, a submeter a verdadeiro retrocesso o tratamento judicial das liberdades públicas:

"REVISÃO CRIMINAL – LEGITIMIDADE. O Estado-acusador, ou seja, o Ministério Público, não legitimidade para formalizar a revisão criminal, pouco importando haver emprestado ao pedido o rótulo de *habeas corpus*, presente o fato de a sentença já ter transitado em julgado há mais de quatro anos da impetração e a circunstância de haver-se arguido a competência da Justiça Federal, e não da Justiça Estadual, sendo requerente o Procurador da República" (RHC nº 80796, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, julgado em 29.5.2001*DJ* 10.8.2001 p. 00020 Ement. Vol. 02038-02 p. 00362).

d) Procedimento

A competência para o processo e julgamento da revisão criminal é sempre de um órgão colegiado da jurisdição togada. Como se trata de revisão, e não de recurso, caberá ao próprio tribunal prolator da decisão revidenda a competência para a referida ação.

Com isso, caberá ao STF e ao STJ o processo e o julgamento das ações de revisão quanto às condenações por eles proferidas.

Nos demais casos, condenações de primeiro e segundo grau, a competência será dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, segundo o disposto no art. 624, §§ 2º e 3º, do CPP, incluídos os Tribunais Regionais Eleitorais.

Em relação à competência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça será necessário analisar o conteúdo das respectivas decisões ali proferidas.

Quando, por exemplo, aqueles Tribunais Superiores não conhecem do recurso (extraordinário ou especial) interposto, não se qualificam como competentes para o julgamento da ação de revisão, tendo em vista que, nesse caso, não seriam os autores da condenação. Com isso, os referidos tribunais somente serão competentes para o julgamento da revisão quando tiverem, concretamente, apreciado o mérito da decisão condenatória (o simples julgamento de HC por juízo hierarquicamente superior não é suficiente para afastar a competência do Tribunal original, em se tratando de revisão criminal, segundo o decidido pelo STJ no RvCr nº 2.877/PE, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 25.2.2016, *DJe* 10.3.2016). Aí, como a decisão assim proferida substituiria aquela recorrida, estaria afirmada a sua competência para a revisão das condenações por eles proferidas (art. 624, I, CPP).

Se a inicial não for rejeitada liminarmente, por deficiência de documentação

instrutória (art. 625, § 5º, CPP), o novo material probatório, se não for o caso do art. 621, I, do CPP, será examinado pelo Ministério Público e, posteriormente, pelos demais membros julgadores do tribunal. Nada impede que o Relator determine a produção de novas provas, inclusive testemunhais, se convencido da idoneidade do material trazido pelo requerente.

Digna de nota, decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 99.918/ RS, Rel. o Min. Dias Toffoli, no qual se apontou para a possibilidade de concessão de liberdade ao aprisionado, antes da decisão final da Ação de Revisão Criminal, com fundamento em manifesto *error in judicando*.

Problemática a decisão, afinal se trata da *ruptura* de coisa julgada.

Em tese, estamos de acordo. Mas, apenas em hipóteses excepcionais, nas quais o equívoco em relação à matéria de direito seja manifesto, visível em exame perfunctório do processo. É preciso lembrar que em matéria penal o risco de modificação das decisões judiciais não tem a mesma extensão que no ambiente cível, na medida em que não se trata, efetivamente, de afetação imediata à segurança e estabilidade jurídica, com eventual risco a interesses ou direitos de terceiros.

E, para o conhecimento e processamento da ação, não será necessário o recolhimento à prisão do acusado que estiver foragido, segundo jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal (Súmula 393).

e) O conteúdo da nova decisão

No que se refere à correlação entre o pedido e a revisão, a amplitude da matéria a ser examinada é a maior possível, podendo o tribunal proferir decisão absolutória, mesmo quando o pedido tenha sido de anulação do julgado ou de diminuição da pena. Não poderá, porém, agravar a situação do condenado.

Greco Filho (1999, p. 458) sustenta que, havendo pedido de absolvição, não poderia o tribunal anular o processo, pois haveria também o risco de nova condenação.

Pensamos que não. Desde que mantida a vedação da *reformatio in pejus* no novo

julgamento, a decisão de anulação do julgamento anterior pode ser entendida como mais favorável aos interesses do condenado (art. 626, parágrafo único, CPP).

A nova decisão, no caso de procedência da revisão, poderá, então, alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou, por fim, anular o processo (art. 626, CPP).

O tribunal exerceria, assim, dois tipos distintos de juízo: o *iudicium rescindens* e o *iudicium rescissorium*. No primeiro, se julgado procedente o pedido de revisão, a consequência imediata seria a desconstituição da decisão anterior; em um segundo momento, o tribunal atuaria como *iudicium rescissorium*, julgando novamente a matéria, para o fim de absolver ou modificar a pena, com ou sem desclassificação jurídica do fato (art. 626, *caput*, CPP).

No entanto, quando se tratar de anulação da decisão anterior, o tribunal só exercerá o *iudicium rescindens*, devolvendo os autos para o juízo de origem, em que terá seguimento a ação penal, se não for ele mesmo o competente.

No que toca à proibição da *reformatio in pejus* indireta, isto é, aquela segundo a qual, anulado o processo anterior, o órgão da jurisdição ao qual coubesse o novo julgamento estaria vinculado ao máximo da pena fixada na decisão anulada, remetemos o leitor ao item 15.4.

O requerente poderá cumular na ação de revisão criminal o pedido de indenização pelos prejuízos sofridos, na hipótese de erro judicial indenizável. A questão, como se observa, situa-se no campo da responsabilidade civil do Estado e ali deverá ser resolvida.

No plano processual, observamos que a restrição contida no § 2º, *b*, do art. 630 do CPP, vedação para a ação privada, não sustenta uma análise mínima de seu conteúdo. Ora, na ação penal privada, embora a iniciativa seja reservada ao particular, a condenação nem por isso deixará de partir de órgãos do Poder Público. O erro, apto e suficiente a justificar a indenização, teria sido praticado pelo Estado, por meio do Poder Judiciário. E é dessa indenização que cuida o art. 630 do CPP.

16.11.3 Habeas corpus

a) Considerações gerais

Não iremos fazer aqui uma exposição da evolução histórica do *habeas corpus*. Nem mesmo a uma resenha chegaremos. Interessa-nos, mais de perto, o exame da aplicabilidade atual do *habeas corpus*, no que diz respeito às hipóteses de cabimento, à definição de sua missão constitucional, à competência para o seu julgamento e às consequências jurídicas das decisões nele proferidas.

Passemos, pois, dos antecedentes mais remotos do instituto, iniciando, na Inglaterra, com a Magna Carta de 1215, imposta a João Sem Terra, depois pela *petition of rights* e o *habeas corpus act*, nos séculos XVII e XVIII (SOUZA, 1998, p. 12), à sua configuração atual, como instrumento constitucional de tutela do direito de ir e vir, ou, da liberdade individual (art. 5º, LXVIII, CF). Deixemos, porém, registradas, as contribuições intelectuais e jurídicas de Rui Barbosa e do Ministro Pedro Lessa, acerca da natureza e da extensão da aplicabilidade do *habeas corpus* na proteção contra as violações a direitos individuais, no início do século XX.

No Brasil, o *habeas corpus* passou do Código de Processo Criminal do Império, 1832, à Constituição Republicana de 1891, e assim em diante, até desaguar no nosso ainda vigente Código de Processo Penal de 1941. A Constituição de 1988 igualmente o consagrou, incluindo-o no rol de garantias individuais do art. 5º.

Não há mais, nos dias atuais, discussão relevante sobre o papel desempenhado pelo *habeas corpus* no processo penal brasileiro. Cuida-se de instrumento destinado a proteger a liberdade de locomoção, isto é, o direito de ir e vir.

Embora inserido no Código de Processo Penal entre os recursos, trata-se de verdadeira ação autônoma, cuja tramitação pode ocorrer antes mesmo do início da ação penal propriamente dita (a condenatória). E o simples fato de se tratar de ação, e não de recurso, já nos permite uma conclusão de extrema relevância: o *habeas corpus* pode ser impetrado tanto antes quanto depois do trânsito em julgado da decisão restritiva de direitos. E mais: pode ser usado como substitutivo do recurso cabível, ou

mesmo ser impetrado cumulativamente a ele.

As limitações que a lei impõe ao conhecimento do *habeas corpus* são poucas, se em relação à dimensão do campo de sua aplicação. E, quando existem, justificam-se na medida em que buscam se adequar às particularidades do instituto.

Assim, e tendo em vista que o mencionado instrumento constitucional deve ter rito célere, de modo a permitir o socorro imediato à liberdade de locomoção atingida ou ameaçada, impõe-se, como regra, que toda a matéria de prova nele suscitada já acompanhe a petição que o veicula. Se a prova da ilegalidade não se encontrar ao alcance do impetrante por ocasião do ajuizamento da ação, o juiz ou o tribunal poderão requisitar a documentação, se plausível e fundada a alegação.

Tal como o mandado de segurança, outro *writ* (no sentido de ordem, mandado) constitucional, também destinado a proteger direitos individuais, o *habeas corpus* deve, então, apresentar prova pré-constituída, para imediato conhecimento da matéria alegada e apreciação da ilegalidade ou coação ao direito de liberdade de locomoção. Não há impropriedade em se referir ao *habeas corpus* como *writ*, já que tal expressão, do ponto de vista jurídico, é equivalente à ordem ou mandado. Daí se dizer *writ of habeas corpus*, bem como *writ* judicial ou *writ mandamus*, para designar o mandado de segurança.

b) Cabimento

O *habeas corpus* dirige-se contra ato atentatório da liberdade de locomoção. Para que se configure um ato atentatório ao direito de locomoção não é necessário que haja já uma ordem de prisão determinada por autoridade judiciária ou que o seu titular (do direito) já se encontre preso. Será objeto do *writ* tanto a ameaça real, concretizada, como a ameaça potencial.

Por ameaça potencial estamos nos referindo ao simples início de qualquer atividade persecutória que tenha por objeto a apuração de fato imputado ou imputável à pessoa individualizada. Nesse sentido, a simples instauração de inquérito policial ou de procedimento investigatório será suficiente para configurar situação de ameaça potencial à liberdade de locomoção, quando dirigida a fato certo e a pessoa

previamente determinada, e desde que, para a conduta, seja prevista imposição de pena privativa da liberdade.

No entanto, o que se constata atualmente nos tribunais é o manejo exacerbado do *habeas corpus*, utilizado como verdadeira panaceia, para males diversos.

É frequente, por exemplo, o seu manejo como *substitutivo* de todas as modalidades recursais. Com ele, por certo, se chega mais rapidamente à instância *ad quem*. Quando houver réu preso estará perfeitamente justificado o cabimento do *habeas*, afinal seria essa sua função declarada (tutelar o direito de locomoção!). Mas, quando não for esse o caso, pensamos que se deverá proceder a exame meramente *delibativo* (superficial) da impetração, sobretudo quando ela pretender discutir o ajuizamento da ação, isto é, questões de índole exclusivamente *processuais – aptidão ou inépcia da denúncia*. Nessas situações, o tribunal não deve descer a minúcias no seu exame, sob pena de se inverter a ordem de julgamento dos recursos nos tribunais, antecipando a apreciação de matéria que não tem a mesma relevância de outras, versadas em recursos tradicionais (apelação e recurso em sentido estrito).

Nesse sentido, a Suprema Corte vinha (1ª Turma) e vem (2ª Turma) admitindo a impetração de *habeas corpus* também como substitutivo de recurso ordinário, cabível em face de decisão denegatória da ordem nos tribunais superiores (art. 102, II, CF) e de segundo grau (art. 105, II, CF). Em tais hipóteses, vem se afirmando o cabimento do *habeas* diretamente junto à instância recursal.

No entanto, a 1ª Turma alterou o aludido entendimento, seguido pelas 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça (turmas que formam a 3ª Seção daquele sodalício, responsável pela matéria penal e processual penal), conforme visto no item 16.10.1, consignando não mais caber nas respectivas Cortes o *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário que deveria ser interposto contra decisão denegatória da ordem nos Tribunais Superiores. Consulte-se, STF, HC nº 109.956/PI (Rel. Min. Marco Aurélio, vencido o Min. Toffoli, *DJ* 10.9.2012). No mesmo sentido, STF, HC nº 107.229/PA.

Deve-se assinalar que, embora pareça ser esta, como regra, a atual compreensão da Turma, as exceções de cada situação específica poderão justificar o conhecimento

da impetração direta, conforme se depreende do HC nº 113462/MG (Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 2.10.2012), que faz expressa ressalva, admitindo a impetração de *habeas corpus* substitutivo nos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. De se ver, a respeito da ressalva, que estas mesmas hipóteses são aventadas como permissivo à superação da Súmula 691 do STF (fazendo menção às hipóteses, STF, HC nº 112972/PA, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 2.10.2012).

No âmbito do STJ, a respeito do não cabimento de*habeas corpus* substitutivo, vide HC nº 220978/RJ e HC nº 140718/RJ.

O Supremo Tribunal Federal também teve oportunidade de rejeitar o cabimento de *habeas corpus* exatamente pelo fato de inexistência de possibilidade, nem eventual, de aplicação de pena privativa da liberdade (art. 51, CP). Ver HC nº 79.474/MG *Informativo STF nº 207*. É o que ocorre também nos Juizados Especiais Criminais (art. 85, Lei nº 9.099/95), vedada também ali a conversão da pena de multa em privativa da liberdade.

Têm origem precisamente nesse entendimento as seguintes súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 693: *"Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada."*

Súmula nº 694: *"Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública."*

Súmula nº 695: *"Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa da liberdade*."

Não obstante, recente julgado desse Tribunal foi diretamente na contramão dessa exposição, julgando cabível o *writ* quando se discutia somente a decisão de afastamento do cargo público do impetrante, ausente qualquer ameaça à sua liberdade (HC 121089/AP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 16.12.2014).

As consequências jurídicas resultantes do conhecimento da ameaça ou coação potencial (e também da ameaça real, concreta) são relevantíssimas. Conhecido e provido o *habeas corpus*, dependendo da matéria examinada, e *decidida*, poderá

ocorrer o *trancamento*, ou seja, o *encerramento* do procedimento (inquérito) ou processo (ação penal). É o que acontecerá quando, por exemplo, o *habeas corpus* fundar-se em atipicidade manifesta do fato ou da presença de qualquer causa extintiva da punibilidade, como, por exemplo, a prescrição. Nesse caso, o curso do inquérito ou da ação penal será definitivamente interrompido, encerrando-se, desde logo, um e outro.

Note-se que, a partir da Lei nº 11.719/08, a decisão do Tribunal que conceder o *habeas corpus* fundado em *atipicidade* e/ou em *extinção da punibilidade*, quando já em curso a ação penal, será de *absolvição sumária*, nos termos do art. 397, CPP. Se o *habeas* for impetrado para o fim de trancamento de inquérito, não: determinar-se-á apenas o arquivamento dele (inquérito). É que, nesse caso, não se pode falar em *absolvição* se ainda for inexistente a *acusação* (denúncia).

Eis, então, uma questão de alto grau de complexidade. Poderia o *habeas corpus* cumprir o papel da ação de revisão criminal, ou seja, enfrentando a coisa julgada?

Em primeiro lugar, responde-se afirmativamente à questão, no que toca, especificamente, ao fato de o *habeas corpus* poder rescindir a coisa julgada. Basta ver o disposto no art. 648, III e VI, nos quais se contempla o citado*writ* para combater condenações proferidas por juiz absolutamente incompetente, ou veiculadas em processo absolutamente nulo. Então, a coisa julgada, em si, não seria o problema.

"Cabe *habeas corpus* contra sentença transitada em julgado, que se encontra eivada de nulidade absoluta, por incompetência de juízo, ainda que a sentença já tenha transitado em julgado, tendo em vista tratar-se de matéria de ordem pública.

Possuindo o *habeas corpus* e a revisão criminal a natureza de ação, nada impede a aplicação do princípio da fungibilidade.

Ordem concedida" (HC nº 13207/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 28.8.2001, *DJ* 8.10.2001 p. 228).

Por isso, a Suprema Corte teve oportunidade de decidir que, mesmo já transitada em julgado, nada impede o reconhecimento da prescrição punitiva pela via do *habeas corpus*, consoante se observa do AI nº 544607 QO/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence em 24.5.2005 – *Informativo STF* nº 389, 1º.6.2005.

Repita-se: poderia o *habeas corpus* reconhecer a atipicidade manifesta da

conduta, já após a sentença condenatória passada em julgado?

Embora não seja encontrada na jurisprudência uma abordagem mais completa do tema, pensamos que a resposta também deve ser positiva. E isso com base exatamente no cabimento de ação de revisão criminal.

Ora, se é cabível a ação de revisão criminal contra condenação absolutamente contrária ao texto de lei (art. 621, I, CPP), por que não se poderia, desde logo, desde que competente o órgão julgador (o mesmo competente para a ação de revisão), reconhecer o *error in judicando*?

É de se ver que seria absolutamente constrangedor a qualquer Estado de Direito admitir a hipótese de impossibilidade de revisão criminal em casos de condenações manifestamente equivocadas, ainda que transitadas em julgado, por desídia do advogado ou por qualquer outro motivo. É por isso que a ação de revisão criminal deve ser interpretada de modo extensivo e ampliativo, quanto ao seu conteúdo e cabimento.

E, se cabível a revisão, por que não o seria o *habeas corpus*, que, do mesmo modo, é também ação constitutiva, ou desconstitutiva, distinguindo-se da revisão, sobretudo, pela impossibilidade de instrução probatória?

Por isso, pensamos possível o juízo *rescindendo*, para desconstituir ou anular a decisão anterior, bem como o juízo rescisório, para, após a anulação do julgado, absolver o réu por manifesta atipicidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, veda, *de modo genérico*, a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo da revisão criminal, sem, contudo, afastá-la, expressamente, para questões *de direito*, de que é exemplo a atipicidade do fato.

Que não se duvide: o tema é polêmico, sobretudo quando analisado apenas da ótica do Código de Processo Penal. Visto da perspectiva constitucional, porém, não temos receio em afirmar que a norma de primazia na aplicação do Direito Penal deve ser sempre a tutela da liberdade individual.

Vejamos, então, a seguir, a casuística legal das hipóteses de cabimento do *habeas*

corpus. Adiantamos, contudo, que qualquer outra situação ali não incluída poderá também se submeter ao controle judicial via *habeas corpus*, desde que presentes a ameaça ou a coação do direito de locomoção.

Aliás, mais adequado nos parece iniciar exatamente com um caso de vedação legal ao cabimento de *habeas corpus*. Prevê o art. 647 do CPP que não se poderá utilizar o aludido instrumento quando se tratar de privação da liberdade decorrente de punição disciplinar (relembre-se que, com o advento da Lei 13.967/19, foi extinta a pena de prisão disciplinar para policiais e bombeiros militares).

A proibição dirige-se aos procedimentos disciplinares militares. O fundamento da norma parece situar-se na constatação das particularidades da disciplina militar, normalmente mais rígida que os padrões civis, diante da estrutura hierarquizada daquelas corporações.

Na realidade, porém, a limitação é mais quanto ao conteúdo do que ao cabimento da medida.

O que efetivamente deve ser vedado ao controle judicial é o exame acerca da conveniência ou oportunidade da medida disciplinar adotada (se privativa da liberdade ou outra eventualmente cabível), mas jamais a apreciação da sua legalidade. Esta poderá ser objeto de controle até mesmo por meio da impetração de mandado de segurança junto à jurisdição competente, a depender da origem da autoridade responsável pela ordem (Justiça Federal, se decorrente da Administração Militar Federal, e Justiça Estadual, quando da Administração Militar Estadual).

E assim nos parece porque mesmo as autoridades militares não deixam de ser agentes administrativos, ao menos no sentido de atividade de serviço público, sujeitando-se, também elas, aos rigores do princípio da legalidade, sobretudo quando em risco a privação da liberdade de locomoção. Assim, seja por mandado de segurança, seja por *habeas corpus*, o exame de legalidade ou do abuso de poder da punição disciplinar poderá ser realizado, nos exatos limites a que nos referimos. É de se ver, no ponto, que a norma constitucional assecuratória do direito ao *habeas corpus* não faz qualquer referência à natureza da medida restritiva da liberdade (art. 5º, LXVIII).

O *habeas corpus* também é cabível para modificar decisão de internação de menor e adolescente, por aplicação de medida socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (HC nº 85.503/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, en 21.6.2005 – *Informativo* nº 393, 29.6.2005).

Por fim, dada a amplitude do rico instrumental constitucional de tutela da liberdade individual, entre os quais emerge, soberanamente, o *habeas corpus*, é ele cabível também para discutir aspectos atinentes à exclusão de criminalidade (atipicidade, licitude e ausência de culpabilidade) e da pena (prescrição), mesmo tratando-se de processo suspenso por força do art. 89 da Lei nº 9.099/97 (HC nº 85.747/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, em 21.6.2005).

Também não se diga que o fato de se encontrar suspenso o processo impediria a adoção de quaisquer providências nesse sentido. Isso não sucede exatamente em razão da amplitude do cabimento do *habeas corpus*, tendo em vista a possibilidade, ainda que remota – durante o cumprimento do *sursis* – de violação ao direito de locomoção.

E daí se poderá pretender também o cabimento de *habeas corpus* contra a imposição de qualquer das medidas cautelares do art. 319 e art. 320, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11. Seria cabível, já que não se trataria de prisão?

Em princípio, pensamos que não.

Por primeiro, por que será cabível o recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, V, CPP. E, em segundo lugar, porque o risco à liberdade de locomoção (prisão), além de ser apenas *mediato*, dependerá unicamente do descumprimento da cautelar imposta, ou seja, dependerá de ato do acusado e não de ato do Estado.

Uma exceção há de ser apontada: trata-se da imposição do *recolhimento domiciliar*, em face do qual há mesmo privação da liberdade de locomoção, ainda que em período específico (noturno) e em determinados dias (de folga), consoante os termos do art. 319, V, CPP. Aí, pensamos ser cabível a impetração do *habeas corpus*.

De se ver, também, relevante discussão acerca da possibilidade de impetração do *writ* contra decisão monocrática em tribunais de segunda instância e em tribunais superiores, indeferindo pleito liminar em *habeas corpus*. Como se sabe, o Supremo

Tribunal Federal, na tentativa de coibir o uso exacerbado do *writ* nessas circunstâncias e evitar a supressão de instância, editou a Súmula 691, no ano de 2003, nos seguintes termos: "*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' impetrado contra decisão do relator que, em 'habeas corpus' requerido a tribunal superior, indefere a liminar*".

Posteriormente, referido entendimento foi ali "mitigado" por ocasião do julgamento do HC nº 84865/SP, no qual se afirmou que a citada Súmula (nº 691) não poderia ser aplicada quando verificável, de plano, a manifesta ilegalidade na decisão indeferitória de liminar.

"SÚMULA 691-STF. I. – Pedido trazido à apreciação do Plenário, tendo em consideração a existência da Súmula 691-STF. II. – Liminar indeferida pelo Relator, no STJ. A Súmula 691-STF, que não admite *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminar, admite, entretanto, abrandamento: diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a Corte Suprema, guardiã-maior da Constituição, guardiã-maior, portanto, dos direitos e garantias constitucionais, quedar-se inerte. III. Precedente do STF: HC nº 85.185/SP, Ministro Cezar Peluso, Plenário, 10.8.2005. Exame de precedentes da Súmula 691-STF [...]" (HC nº 86864 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 20.10.2005, *DJ* 16.12.2005 p. 00059 Ement. Vol. 02218-04 p. 00761 LEXSTF v. 28, nº 327, 2006, p. 463-480 RMDPPP v. 2, nº 8, 2005, p. 88-94).

Casuísmo ou evolução? Da resposta a essa indagação, dependerá o cancelamento efetivo da Súmula. Que ainda permanece em plena utilização!

Voltemos, então, às hipóteses legais de cabimento do *habeas corpus*. Segundo o disposto no art. 648 do CPP, considerar-se-á ilegal a coação:

"Art. 648. [...]
I – quando não houver justa causa."

Como vimos no item 5.3.5, é possível destinar à referida expressão (*justa causa*) o mesmo tratamento dispensado às condições da ação – quando por justa causa se entenderá a ausência de suporte probatório mínimo –, como também será possível incluí-la entre as questões de mérito da ação penal (ou do inquérito policial).

Na primeira hipótese, a concessão do *writ* determinará o encerramento (trancamento) do processo, sem solução de mérito, irradiando efeitos típicos de coisa julgada *formal*. Nesse caso, uma vez reunido material probatório apto a lastrear uma

imputação penal, nada obstará a nova investida persecutória.

Na segunda hipótese, quando o fato em apuração (se ainda na fase de inquérito) ou o fato já imputado (na ação penal) se revelar manifestamente atípico, o juiz ou o tribunal concederá a ordem para trancar o inquérito ou a ação. Tal decisão, na prática, ostentará efeito de coisa julgada *material*, conforme amplamente demonstrado no item 5.3.3.

Em ambos os casos, a jurisprudência de nossos tribunais tem admitido o *habeas corpus*, à conta de ausência de justa causa.

Por fim, pensamos que esse fundamento, o da ausência de justa causa, quando manifestamente atípico o fato imputado, presta-se a justificar o ajuizamento do *habeas corpus* até mesmo contra sentença condenatória passada em julgado, cumprindo em tal situação o papel de verdadeira ação de revisão criminal, particularmente por dispensar a produção de provas. Aliás, reportamo-nos às razões lançadas sobre o tema anteriormente (alínea *b*, cabimento).

"Art. 648. [...]
II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei."

A questão relativa à prisão foi já examinada no Capítulo 11.

Importa aqui relembrar que o *habeas corpus* fundado no referido dispositivo diz respeito ao excesso de prazo na prisão. Como vimos, a jurisprudência construiu uma rica casuística em tema de prazo de prisão, quando ausente previsão legal, como, aliás, é a regra do Direito brasileiro.

Do ponto de vista de uma fixação expressa de prazo de prisão, registraríamos a Lei nº 7.960/89, que cuida da prisão temporária pelo prazo máximo de 5 (cinco) dias ou 30 (trinta) dias, se hediondo o crime, podendo, ambos, ser prorrogados.

Também a Lei nº 12.850/13 prevê o prazo máximo de 120 (cento e vinte dias) para o encerramento da instrução quando estiver preso o acusado, prorrogáveis por igual período, desde que se possa justificar a medida, por decisão fundamentada, seja pela complexidade da causa, seja em razão de atos procrastinatórios atribuíveis ao réu

(art. 22, parágrafo único).

Além desses, o Código de Processo Penal se refere ao prazo máximo para encerramento das investigações do inquérito criminal quando preso o acusado, em flagrante ou preventivamente (art. 10, CPP).

A jurisprudência cuidou também de fixar prazos máximos para o encerramento da instrução criminal no procedimento comum (ordinário) – pelo somatório dos diversos prazos constantes dos procedimentos cabíveis para cada infração penal. Como regra, seria ele de 86 (oitenta e seis) dias (Justiça Estadual) ou 106 (cento e seis) dias (na Justiça Federal, se houver prorrogação de inquérito) podendo, porém, variar de acordo com o procedimento e com a possibilidade de existência de prisão temporária anterior à preventiva.

Prevalece, todavia, na jurisprudência, que a contagem dos aludidos prazos deve ser feita de modo *global*, e não *separadamente*, permitindo-se a compensação do tempo destinado aos atos futuros, para efeito de se admitir o prolongamento da prisão nas fases iniciais da instrução criminal.

A nosso aviso, somente em casos excepcionalíssimos é que seria admissível uma contagem global dos prazos legais de persecução penal. A regra deve ser a observância estrita de cada prazo, já que, em tema de restrição de direitos, a interpretação da lei deve ser sempre restritiva.

"Art. 648. [...]
III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo."

Constitui garantia individual prevista na Constituição a exigência no sentido de que *ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade judicial competente* (art. 5º, LIII), e que *ninguém será preso senão por ordem escrita da autoridade judiciária competente* (art. 5º, LXI).

Portanto, caberá *habeas corpus* contra ato emanado de autoridade judicial incompetente para a futura e eventual ação penal, bem como contra prisão em flagrante realizada sem a observância das formalidades legais. Neste último caso, a hipótese seria de *relaxamento da prisão*, que poderia ser incluída tanto como

ausência de justa causa para a prisão (e não para o inquérito ou a ação penal) como de coação de autoridade incompetente.

"Art. 648. [...]
IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação."

Caso típico de ausência de justa causa para a prisão, por ausência de motivação (aqui, no sentido de causa) e de fundamentação legal.

"Art. 648. [...]
V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza."

Sob tal fundamentação estariam também incluídas as hipóteses de cabimento de qualquer das modalidades de liberdade provisória do art. 310, *caput*, e seu parágrafo único, do CPP.

Note-se que o aludido dispositivo, embora não o diga de modo expresso, refere-se aos casos de *indeferimento da restituição da liberdade* daquele aprisionado em flagrante. Relembre-se que o CPP é de 1941, e, em sua redação originária, *não previa outra maneira de restituição da liberdade* que não aquela mediante fiança.

A partir da Lei nº 12.403/11, a fiança é apenas mais uma das diversas modalidades de liberdade provisória, cujo deferimento implicará a restituição da liberdade ao aprisionado, sempre que não se fizer necessária a prisão preventiva. E, nesse caso, será(ão) imposta(s) uma ou mais medidas cautelares, incluindo ou não a fiança (art. 319, art. 320, CPP).

Por isso, o *habeas corpus* aqui mencionado há que se referir ao direito *à restituição da liberdade*, seja com a imposição ou não de fiança, nos casos em que cabível, seja isolada ou cumulativamente com outra. O direito, portanto, é à liberdade e não à não imposição de qualquer outra medida cautelar.

No caso de imposição de alguma das cautelares junto à aplicação da liberdade provisória, deverá o tribunal fixar as condições de sua execução. Se se tratar de recusa da autoridade policial ao arbitramento de fiança, o juiz poderá fazê-lo por meio de simples petição, dispensando a impetração do *habeas* (art. 335, CPP) para o

juiz, com redação dada pela Lei nº 12.493/11.

"Art. 648. [...]
VI – quando o processo for manifestamente nulo."

O campo da fundamentação do *writ* aqui analisado é o mais amplo possível, sobretudo porque, em tema de nulidade, o princípio da causalidade poderá determinar a anulação do processo desde a sua origem, terminando por atingir a prisão nele decretada. Exemplo típico deste último caso seria o vício decorrente de incompetência (absoluta ou relativa) do juízo. Quando se tratar, porém, de vício que não atinja o ato judicial prisional, nem o prosseguimento do processo após a sua sanação, como ocorre em algumas hipóteses de nulidade relativa, poderá não ser cabível a ordem.

Em regra, as nulidades atinentes aos requisitos de validade do processo, os chamados pressupostos (ou, requisitos, como preferimos) processuais de validade, bem como qualquer vício relativo às condições da ação, terão como consequência a nulidade absoluta do processo, a produzir efeitos também na prisão então realizada.

Nesse campo também se poderia alinhar a hipótese de ausência de justa causa, do que resultaria, é claro, um processo manifestamente nulo. Como, porém, já existe dispositivo expresso em relação à ausência de justa causa, preferimos tratar da nulidade aqui referida como se de outra hipótese se cuidasse.

Em conclusão, acrescentaríamos que a expressão *processo manifestamente nulo* não se refere unicamente às nulidades absolutas, mas até às relativas, dependendo da hipótese concreta, de atingimento ou não do ato determinante da prisão.

"Art. 648. [...]
VII – quando extinta a punibilidade."

Já se disse em doutrina que todas as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* poderiam ser resumidas em uma única: a ausência de justa causa. A afirmação não deixa de ser verdadeira, se por justa causa se puder entender qualquer razão, causa, motivo, fato ou circunstância, ausentes ou presentes, que estejam a impedir a

continuidade do inquérito policial ou da ação penal. Mais que isso, que estejam a permitir o julgamento antecipado da causa, ora com solução do mérito, ora sem ela.

Não deixa também de ser cômoda tal solução, na medida em que dispensaria maiores considerações sobre cada modalidade de fundamentação do *habeas corpus*. Entretanto, do ponto de vista de um compromisso mínimo com as exigências de qualquer ciência, não há como acolher a sugestão.

As causas de extinção da punibilidade, por exemplo, e diferentemente das demais, configuram situações em que a pretensão estatal punitiva é afastada abstrata e previamente. Por razões de política criminal, positivadas em lei, determinados fatos e/ou circunstâncias determinam a perda de interesse na persecução penal, ora em atenção à inconveniência da intervenção estatal, ora em razão de possível ineficácia da medida.

E como as causas extintivas da punibilidade implicam o afastamento da pretensão punitiva – daí dizer-se que se cuida de solução do mérito –, o *habeas corpus* permite a sua apreciação desde logo, sobretudo por se tratar de questão unicamente de direito, a dispensar qualquer exame de prova. Em consequência, sendo provido o *writ*, estará trancada a ação penal ou o procedimento investigatório em curso.

c) Competência

Tal como ocorre no mandado de segurança, também o *habeas corpus* dirige-se à proteção de direito individual. Enquanto aquele se presta a tutelar um sem-número de ataques aos direitos subjetivos em geral, este tem destino certo: a tutela da liberdade de locomoção.

No entanto, em ambos os casos, o que se fará presente é a ilegalidade e o abuso do direito, normalmente por parte de agentes do Poder Público. A fixação da competência para o julgamento do *habeas corpus* atenderá, então, à qualidade da função exercida pela autoridade, primeiro da perspectiva de eventual prerrogativa de foro desta, para crimes comuns (*ratione materiae*), depois em razão da hierarquia jurisdicional dos juízos envolvidos.

Iniciemos com a primeira instância.

c1) Competência dos juízes (federais, estaduais, eleitorais etc.)

Normalmente, os atos de coação à liberdade de locomoção são praticados por autoridade policial, por meio da prisão em flagrante ou por meio da instauração de inquérito policial.

Presentes que estejam as razões e os fundamentos anteriormente já declinados, caberá aos juízes de primeira instância o processo e julgamento do *habeas corpus* impetrado contra tais atos.

Em princípio, e em razão de ter o inquérito policial tramitação judicial, para controle de prazos da persecução penal, a competência caberia ao juiz da jurisdição em que se desenvolvesse a apontada tramitação. Assim, se em curso investigação (ou prisão) determinada pela Polícia Estadual, a competência para o *habeas corpus* seria do Juiz de Direito.

Entretanto, como não cabe à autoridade policial a definição ou a afirmação da competência jurisdicional, caberá ao Juiz Federal o conhecimento do *writ* quando se tratar de infração penal caracterizada como crime federal, mesmo tratando-se de investigação realizada pela Polícia Judiciária Estadual. Eventualmente, até poderá ocorrer conflito de jurisdição entre o Juiz de Direito e o Juiz Federal. Mas o que deve ficar assentado é que a competência do *habeas corpus* não deve ser definida em função da autoridade policial envolvida, e, sim, em função da competência de jurisdição.

Desse modo, quanto à competência, caberá ao Juiz Eleitoral, se de crime eleitoral se cuidar; ao Juiz Federal, se crime federal; ao Juiz Estadual, se o crime for estadual.

A competência será, ainda, dos juízes de primeira instância quando a coação (prisão ou procedimento administrativo investigatório) for realizada por qualquer autoridade (Receita Federal, Estadual, Banco Central etc.) que não tenha foro privativo em razão da função. Quando se tratar de foro privativo, a competência será do órgão da jurisdição privativa, tendo em vista que a coação à liberdade individual

supostamente praticada poderá gerar consequências penais ao seu autor.

Nesse sentido é o art. 109, VII, da CF, a dizer que caberá ao Juiz Federal o julgamento do *habeas corpus* quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição. O mesmo se aplicará aos demais juízes.

Já veremos, no item seguinte, por que, a nosso aviso, não vislumbramos a competência de Juiz do Trabalho para a concessão de *habeas corpus*, mesmo após a Emenda Constitucional nº 45/04, que alterou a redação do art. 114 da Constituição da República, para nela incluir o seguinte:

"Art. 114. [...]
IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição."

c2) Competência dos tribunais de segunda instância (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais)

A Emenda Constitucional nº 45/04, provavelmente com o objetivo de acelerar alguns conflitos mais frequentes no âmbito da jurisdição trabalhista, promoveu relevante alteração quanto à competência da Justiça do Trabalho. É ver:

"Art. 114. [...]
IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição."

Primeira questão. O que se deveria entender por matéria sujeita à sua jurisdição?

Só a resposta a essa indagação poderá solucionar as dúvidas que podem surgir acerca dos limites da competência da Justiça do Trabalho para a apreciação de *habeas corpus*.

Pensamos que, na verdade, e até mesmo em atenção à lógica da *Reforma do Judiciário* (Emenda Constitucional nº 45), o objetivo perseguido foi muito mais o de esclarecer a divergência entre os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais

Regionais do Trabalho, no que respeita à competência para o julgamento de *habeas corpus* contra atos praticados por Juízes do Trabalho, na determinação de ordem de prisão de depositário infiel, que, propriamente, instalar nova fonte de jurisdição. Com efeito, e não raro, ambos os tribunais se julgavam competentes na aludida questão.

Nesse passo, parece-nos que o art. 114, IV, da Constituição da República atribui competência prioritariamente ao Tribunal Regional do Trabalho (e, eventualmente, ao Tribunal Superior do Trabalho), e unicamente para o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra a determinação de prisão civil do depositário infiel. E por quê?

Em primeiro lugar, porque o *habeas corpus* continua sendo instrumento constitucional de proteção à liberdade individual, traduzida no direito de ir e vir. Assim, somente os atos atentatórios a essa liberdade desafiariam o aludido *writ*.

Ora, se assim é, somente os atos relativos à ordem de prisão é que se incluiriam na atual competência da Justiça do Trabalho. E quem podia ali emitir ordem de prisão para o depositário? O Juiz do Trabalho. Daí a competência dos Tribunais Regionais do Trabalho. Apenas na hipótese de denegação da ordem pelo respectivo TRT é que se abriria a possibilidade de nova impetração (de *habeas corpus*) junto ao Tribunal Superior do Trabalho.

Em segundo lugar, não reconhecíamos a possibilidade de os referidos tribunais apreciarem em *habeas corpus* matéria outra que não veiculem senão questões relativas à prisão civil (depositário infiel). Por quê?

Porque a matéria sujeita à jurisdição trabalhista (art. 114, IV) não inclui, evidentemente, matéria criminal!

Admitindo-se o contrário, caberia aos Tribunais do Trabalho apreciar a prisão determinada (por Juízes do Trabalho) por crime de desacato, de desobediência ou até mesmo de falso testemunho, questões que, a nosso juízo, jamais poderiam ser classificadas como matéria da competência da jurisdição trabalhista.

Aliás, é de se lembrar que em todas as hipóteses anteriormente mencionadas a prisão seria sempre em flagrante delito – possível a qualquer pessoa do povo, e não apenas a magistrados –, pela simples razão de não competir à autoridade judiciária

trabalhista a expedição de ordem de prisão. Precisamente pela manifesta ausência de jurisdição criminal.

O Supremo Tribunal Federal parece ter encerrado eventuais divergências, recusando a competência penal da Justiça do Trabalho (ADI no 3.684-MC, Rel. Mir Cezar Peluso). Também: HC no 85.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.10.2005. Ademais, a própria possibilidade de prisão do depositário infiel não é mais admitida em nosso ordenamento, conforme se extrai da Súmula Vinculante nº 25.

A competência dos tribunais de segunda instância é normalmente definida pelos critérios do foro privativo para crimes comuns do agente responsável pela coação, bem como pelo critério da hierarquia da jurisdição. O critério da hierarquia de jurisdição será aplicado somente quanto à definição da competência recursal dos tribunais; já o critério do foro privativo dirá respeito à competência originária para o julgamento do *habeas corpus*.

Exemplo de aplicação do primeiro critério seria, por exemplo, quando a ilegalidade ou a coação partisse de órgão do Ministério Público (Promotor de Justiça, Procurador da República etc.). Nesse caso, como as citadas autoridades têm foro privativo na segunda instância, caberia ao respectivo tribunal o julgamento do *habeas corpus* impetrado contra atos por eles praticados. Ao Tribunal Regional Federal, o ato levado a cabo por Procuradores da República (instauração de procedimentos administrativos investigatórios; intimação coercitiva para comparecimento pessoal etc.); aos Tribunais de Justiça, o julgamento de *habeas corpus* contra os mesmos atos, praticados por Promotores e Procuradores de Justiça (estadual) e, assim, em relação às demais autoridades (ver, no ponto, TRF 1ª Região; HC nº 2008.01.00.011776-0/DF, Rel. Des. Hilton Queiroz).

No âmbito federal, caberia aos Tribunais Regionais Federais o julgamento do *habeas corpus* impetrado contra atos (recebimento da denúncia ou queixa; decretação de prisão etc.) praticados por Juízes Federais, Juízes do Trabalho, membros do Ministério Público da União sujeitos à sua jurisdição.

Quanto aos prefeitos e deputados estaduais, caberia ao Tribunal de Justiça o julgamento do *habeas corpus*, quando se tratar de crime estadual. Se a hipótese for de

crime federal ou eleitoral, a competência será do Tribunal Regional Federal ou do Tribunal Regional Eleitoral, respectivamente.

A competência aqui examinada – determinada pelo foro privativo – diz respeito à competência originária, ou seja, para o conhecimento direto da matéria. Para uma mais completa compreensão da fixação da competência para o *habeas corpus* em razão do foro privativo, remetemos o leitor ao tópico em que se estudou o referido tema (item 7.3).

De se ver, ainda, que, segundo atual orientação da Suprema Corte, caberá aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra decisões das Turmas Recursais dos respectivos Juizados Especiais.

O atual entendimento, que contraria frontalmente o disposto na Súmula 690 daquela Casa, decorre de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 86.834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

Se o aludido entendimento padece de maior substância jurídica, de outro lado, pode prestar-se à agilização do julgamento do *habeas corpus*.

Contudo, há que se objetar:

a) ao que parece, a questão submetida aos Juizados tramitará em *três instâncias ordinárias* (os Juizados, as Turmas Recursais e os Tribunais de segunda instância);
b) Não há previsão de recurso legal das decisões das Turmas Recursais, o que estaria a indicar ausência de hierarquia jurisdicional entre estas e os tribunais de segundo grau;

c3) Competência do Superior Tribunal de Justiça

A competência do STJ é fixada também em razão do foro privativo, para o julgamento de crimes comuns, quando será originária, e em razão da hierarquia de jurisdição, hipótese em que será meramente recursal.

Nos termos do art. 105, I, *c*, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar originariamente os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas que ali tenham foro privativo, para o julgamento dos crimes comuns, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A ressalva quanto à competência da Justiça Eleitoral é, no mínimo, problemática. Vamos supor que o paciente – vítima da coação ou ameaça de coação – seja um Governador. Referida autoridade tem foro privativo no Superior Tribunal de Justiça até mesmo em relação aos crimes eleitorais, como já examinado. Ora, como admitir a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar *habeas corpus* quando a coação (recebimento da denúncia, por exemplo) partir do Superior Tribunal de Justiça, se o TSE não tem hierarquia jurisdicional sobre o STJ? Ou, de outro modo: se a competência para julgar e condenar o Governador no crime eleitoral é do Superior Tribunal de Justiça, em instância originária e privativa, como admitir que o TSE possa conceder *habeas corpus* à citada autoridade? A contradição é patente e manifesta.

Outra indagação: se compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento, nos crimes comuns, dos Ministros de Estado, do Comandante da Marinha, da Aeronáutica e do Exército, por que razão caberia ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar *habeas corpus* contra atos por eles praticados, se tais atos podem configurar, em tese, infração penal? Ora, aqui haveria de prevalecer o critério da prerrogativa de função, como aliás, encontra-se previsto também no art. 102, I, *d*, da CF.

Não vemos, pois, como excepcionar as autoridades mencionadas no citado art. 105, I, *c*, cujo foro privativo está incluído entre os daquelas (autoridades) arroladas no art. 102, I, *d*, em que se fixa a competência da Suprema Corte para o julgamento de *habeas corpus* originário, contra tais agentes e servidores do Poder Público.

No plano recursal, cabe recurso ordinário ao STJ, em relação aos *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais e pelos Tribunais

dos Estados, quando denegatória a decisão (art. 105, II, *a*, CF).

A jurisprudência, contudo, admite, como já vimos, que o interessado se utilize do *habeas corpus* diretamente (isto é, originariamente) no STJ, como substitutivo do recurso ordinário, para fins de celeridade da tutela à liberdade de locomoção ameaçada.

c4) Competência do Supremo Tribunal Federal

Valem aqui as observações feitas em relação à competência originária e recursal do Superior Tribunal de Justiça.

A competência originária da Suprema Corte vem prevista no art. 102, I, *d*, da CF – quando o paciente for qualquer das pessoas que tenham ali o seu foro privativo para o julgamento dos crimes comuns – e no art. 102, I, *i*, quando o coator for Tribunal Superior (TSE, STJ, STM), ou quando o coator ou paciente for autoridade o 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.

Como se vê, cuida-se ali da aplicação do critério do foro privativo da autoridade coatora e paciente da coação.

É de se notar que não se afirmará a competência do STF quando se tratar de *habeas corpus* impetrado contra a decisão de Ministro do STJ que defere ou indefere pedido de liminar, tendo em vista que, em tal situação, estaria sendo subtraída a competência do Superior Tribunal de Justiça para a apreciação da matéria (então decidida por órgão singular). Nesse sentido, STF – HC nº 82.637-7, Rel. Min. Carlo Velloso, j. em 18.2.2003. E mais que isso: "*não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de* habeas corpus *impetrado contra decisão do relator que, em* habeas corpus *requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar*" (Súmula 691, STF).

No entanto, a aplicação da aludida Súmula já foi afastada em pelo menos uma ocasião naquela Suprema Corte: HC nº 86864 MC, Rel. Min. Carlos Velloso Tribunal Pleno, julgado em 20.10.2005, *DJ* 16.12.2005 p. 00059 Ement. Vol. 02218-

04 p. 00761 LEXSTF v. 28, nº 327, 2006, p. 463-480 RMDPPP v. 2, nº 8, 2005, p 88-94.

Reitere-se, ainda mais uma vez, que a 1ª Turma da E. Suprema Corte alterou sua jurisprudência sobre o cabimento de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário previsto no art. 102, II, CF, contra decisão denegatória da ordem (de HC) no Superior Tribunal de Justiça. Decidiu-se, no HC 109.956, STF, Rel. Min. Marco Aurélio (voto vencido do Min. Toffoli), que não seria cabível a impetração, sobretudo em razão da sobrecarga de processos naquele tribunal. O mesmo se diga, conforme já visto, a respeito do entendimento das Turmas que formam a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado, e fora destes casos, nada impede que a Suprema Corte, embora não conhecendo do *habeas corpus*, defira, de ofício, a ordem, quando manifesta a ilegalidade (HC nº 86.864 – MC/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, em 20.10.2005 - *Informativo STF* nº 406, 26.10.2005).

Ao Supremo caberá, então, o controle de ato praticado pelo Superior Tribunal de Justiça, também pela via do *habeas corpus*.

Não caberá, entretanto, *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal contra ato praticado por alguma de suas Turmas, exceto quando se tratar de crime sujeito à jurisdição do STF em uma única instância (art. 102, I,*i*, CF), conforme já decidiu aquela Corte (HC nº 80.238/DF, Rel. Min. Celso de Mello, em 13.12.2000).

O Supremo Tribunal Federal já entendeu ser o competente para a apreciação de *habeas corpus* impetrado contra Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista ser ele o único Tribunal com hierarquia jurisdicional sobre tais Turmas, segundo as disposições constitucionais alusivas ao manejo do recurso extraordinário (art. 102, III, CF).

No entanto, atualmente, a jurisprudência é outra, contrariando, inclusive, o disposto na Súmula 690 daquela Casa, que, assim, fica sem efeito. A mudança veio de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 86.834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

c5) Competência nos Juizados Especiais Criminais

As Turmas Recursais dos Juizados Especiais constituem a última instância daquela jurisdição.

Não há qualquer previsão quanto à competência para o conhecimento de *habeas corpus* quando a coação se originar das citadas Turmas.

Em razão disso, ou seja, da ausência de regra expressa nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência (Súmula 690) no sentido de que competiria àquela Corte o julgamento do *habeas corpus* impetrado contra ato coator ou ilegalidade praticada pelas Turmas Recursais. E, como já o afirmamos, isso ocorreria em razão de ser unicamente aquela Corte o órgão da jurisdição nacional com poderes de revisão das decisões ali proferidas.

É que o art. 102, III, da CF admite a interposição de recurso extraordinário contra as decisões proferidas em única ou última instância, pouco importando tratar-se ou não de decisão de tribunal. Assim, somente o Supremo Tribunal Federal estaria em posição hierarquicamente superior às Turmas Recursais dos Juizados, a ele cabendo, portanto, o julgamento do *habeas corpus* contra coação que ali tivesse origem.

No entanto, e já aqui o assentamos, linhas antes, o Plenário da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC nº 86.834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, alterou a sua antiga jurisprudência, para atribuir a competência para a apreciação de *habeas corpus* contra decisões das Turmas Recursais aos Tribunais de Justiça dos Estados, recusando, portanto, aplicabilidade à citada Súmula nº 690 (STF), que, então, perde eficácia.

Do ponto de vista prático, a solução pode se revelar muito útil, em razão das dificuldades de acesso à Suprema Corte (sobretudo nos juízos de cidades do interior). Entretanto, a atual orientação cria uma espécie diferente de ação de *habeas corpus*, que passa a ser manejado na inexistência de qualquer recurso entre uma instância (Turmas Recursais) e outra (Tribunais de Justiça). Aliás, se existisse algum recurso, a celeridade procedimental dos Juizados restaria inevitavelmente comprometida, já que, nessa hipótese, estaria sendo instituído um terceiro grau de jurisdição ordinária.

Do mesmo modo, então, não será cabível a impetração quando se tratar de decisão monocrática proferida por juiz de Turma Recursal, também porque ainda seria cabível recurso para o colegiado (HC nº 83.112 AgR-GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 7.10.2005 – *Informativo STF* nº 324).

c6) Legitimação e procedimento

Por se tratar de questão das mais relevantes no âmbito do processo penal, porque em risco a liberdade individual, o procedimento de *habeas corpus* deve ser necessariamente célere e simplificado.

Nesse passo, prevê o art. 654 do CPP que o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa – que será designada por impetrante – em seu favor ou de outrem, além do Ministério Público. Mais adiante, o § 2º do mesmo dispositivo estabelece que também os juízes e tribunais poderão expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2º, CPP).

O pedido será apresentado em forma de petição, sem, porém, as exigências normalmente destinadas às peças subscritas por profissional do Direito, na qual se exporá fato, o nome da pessoa cuja liberdade está ameaçada, bem como da autoridade responsável por esta.

Normalmente, a coação é feita por agentes do Poder Público. A jurisprudência, porém, já aceitou e ainda aceita a impetração de ordem de *habeas corpus* até mesmo contra particular. A nosso juízo, quando a coação é feita por particular, a solução deve ser mais policial que jurisdicional, tendo em vista que aquele (o particular) estaria, na verdade, praticando conduta definida como crime (crimes contra a liberdade individual, arts. 146 a 148, CP). Seja como for, se possível a ação policial, quanto mais a jurisdicional.

Apresentada a petição, o juiz, querendo, poderá ouvir o paciente, na linguagem processual do *habeas corpus*, determinando a sua imediata apresentação, se ele se encontrar preso (art. 656, CPP).

Não há previsão expressa, em relação à primeira instância, de pedido de informações da autoridade coatora (responsável, pois, pela coação), como ocorre no tribunal, nos termos do art. 662, CPP. Pensamos que a necessidade de se imprimir um rito o mais célere possível para o aludido *writ* constitucional esteja vedando a adoção da analogia. Como se observa, nem sequer é exigida a manifestação do Ministério Público em tal procedimento, ao menos em primeira instância, ao contrário do que ocorre em relação ao mandado de segurança, por exemplo. A medida se justificaria tão somente em razão da celeridade anteriormente apontada.

Todavia, dependendo do caso concreto, e da gravidade da infração aparentemente praticada, pensamos ser conveniente a oitiva do *parquet* em 24 horas (art. 660, CPP, por analogia), tendo em vista que a manutenção da prisão poderá revelar-se inteiramente necessária aos interesses persecutórios. Quando nada, permitirá que o MP requeira, se entender e puder demonstrar presentes, as razões da custódia provisória.

Em raciocínio similar, o STJ permitiu (RHC 41.527/RJ, Rel. Min. Jorge Muss 11.03.2015) que o querelante interviesse em *habeas corpus* oriundo de ação penal privada. Evidente que o Ministério Público não ocupa exatamente a mesma posição que o querelante, uma vez que seu papel de defensor da ordem jurídica o dota de imparcialidade, mas a lógica da decisão parece fundamentar essa conclusão.

Embora não previsto em lei, a jurisprudência vem se consolidando no sentido de se permitir a concessão de liminar em processo de *habeas corpus*, aplicando, por analogia, as disposições previstas para o mandado de segurança (Lei nº 12.016/09).

Procedente o pedido e deferida a ordem, o paciente será posto imediatamente em liberdade, comunicando-se o fato à autoridade responsável pela custódia (art. 660, § 5º, CPP).

Quando se tratar de pedido preventivo, ou seja, de ameaça de coação futura, encontrando-se o paciente ainda solto, a ordem consistirá na expedição de salvo-conduto, assinado pelo juiz (art. 660, § 4º, CPP).

Nos tribunais, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, aplicam-se também as

disposições do Código de Processo Penal, por força do art. 23 da Lei nº 8.038/90, em relação a este último.

Na segunda instância (e também nas instâncias superiores), sempre será ouvido o Ministério Público, nos termos do Decreto-lei nº 552, de 25 de abril de 1969, que, nesse ponto, alterou as regras do Código de Processo Penal.

Por fim, recentemente a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu de forma inédita, *habeas corpus coletivo* em favor de gestantes e mães presas preventivamente (HC 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.02.2018). Mesmo diante da inexistência de previsão legal, aquela Corte entendeu que era possível se valer de analogia com o art. 12 da Lei nº 13.300/16 (mandado de injunção coletivo) para determinar os entes legitimados à propositura do *writ* na forma *coletiva*.

A medida é inusitada, sem dúvida. Toda providência genérica em matéria penal ou processual penal deve ser recebida com reserva, diante da óbvia singularidade que está presente em todo e qualquer *fato delituoso*, a começar pelos variados graus de culpabilidade, em sentido estrito e no sentido amplo também.

Mas também não se pode recusar que o *conteúdo* da decisão se reveste de caráter eminentemente *objetivo*, o que confere a ela níveis mais seguros de acerto. No entanto, também aqui se poderá encontrar presente alguma exceção à regra, com o que haveria de se ressalvar a possibilidade de situações excepcionais ou excepcionalíssimas, em que o risco concreto aos deveres de proteção acautelatória esteja a reclamar preferência da incidência normativa.

Como quer que seja, decidiu-se que estão aptos à impetração: o Ministério Público, a Defensoria Pública, o partido político com representação no Congresso Nacional, e as organizações sindicais, entidades de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. Naturalmente, é de se exigir que a coletividade em questão esteja devidamente individualizada, e que haja clara pertinência temática entre o ente no polo ativo e o objeto da impetração.

CAPÍTULO 17

Relações Internacionais com Autoridade Estrangeira

Não poderiam faltar em nosso Código de Processo Penal disposições atinentes às relações internacionais entre o Brasil e demais países, tendo em vista a existência de inúmeros tratados e convenções internacionais regulando obrigações de cooperação no combate à criminalidade.

Como já visto, a Emenda Constitucional nº 45/04 conferiu, no corpo da Constituição da República, força normativa de natureza constitucional às normas previstas em tratados e convenções internacionais, isto é, em situação de superioridade à legislação federal, quando aprovadas por três quintos de ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, e tendo por objeto o tema relativo aos direitos humanos (art. 5º, § 3º, CF).

O argumento a *contrario sensu*, aqui, é pertinente: não se cuidando de tratados internacionais que tenham a aludida matéria por objeto (direitos humanos), a sua normatização equivalerá à legislação federal, aplicando-se, portanto, o princípio da cronologia em hipótese de conflito de lei no tempo (lei posterior revoga a anterior).

Estabeleceu, também, a sujeição do Brasil à jurisdição dos Tribunais Penais Internacionais a cuja criação tenha aderido, após ratificação e promulgação pelas

autoridades competentes (art. 5º, § 4º, CF).

Assim, o disposto nos arts. 780 e seguintes do CPP limita-se a regular matéria relativa ao cumprimento de cartas rogatórias, daqui para o estrangeiro e de lá para cá, bem como o processamento de homologação de sentença penal estrangeira, tendo por consequência, esta última, a imposição de medida de segurança e de reparação civil e de outros efeitos civis.

Já a extradição, questão que obviamente se insere no âmbito das relações internacionais, é objeto de regulação específica, consoante as disposições da Lei nº 13.445/17, com os acréscimos decorrentes do Decreto nº 9.199. No entanto, como a extradição, ou a vedação da extradição (somente se permite a do estrangeiro, ressalvada a hipótese de crime político ou de opinião, quando a extradição é também vedada, e a do naturalizado, em caso de crime comum praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes, conforme art. 5º, LI e LII, CF), constitui matéria de fundo constitucional, amparada pelo princípio da soberania nacional, logo veremos que a aludida legislação poderá servir de referencial para a não aplicabilidade do disposto no art. 63 do CP, que cuida da possibilidade de se agravar a pena pela reincidência, em razão de sentença penal estrangeira.

Por isso, embora o art. 781 do CPP limite-se a afirmar que as sentenças estrangeiras não serão homologadas e as cartas rogatórias não serão cumpridas, se contrárias à ordem pública e aos bons costumes, não se pode daí excluir a eventual contrariedade à soberania nacional.

Não só porque se nos afigura difícil imaginar uma violação à ordem pública brasileira, ou mesmo aos costumes nacionais, que, por si só, não implique também uma violação à soberania nacional; afinal, o estabelecimento de qualquer ordem de natureza pública, bem como a instituição e/ou o reconhecimento de quaisquer costumes, dependem do exercício do poder normativo interno de todo o país. Em relação aos costumes, é desnecessário explicitar que, em matéria penal, não pode haver qualquer hermenêutica que exclua os costumes como fonte originária e legítima de exclusão do crime.

Também porque há limitações materiais ao poder de sujeição do ordenamento brasileiro às regras internacionais, a não ser nos casos de violação, e, por isso, de proteção aos direitos humanos. Em tema de direitos humanos, cumpre anotar que a Constituição da República funda-se, desde 1988, na afirmação e na prevalência de tais direitos, como princípio político-jurídico a ser seguido nas relações internacionais, consoante se vê do disposto no art. 4º, II, da aludida Carta.

A obediência à soberania nacional, tanto no plano interno quanto no externo (a adesão a tratados é exercício de soberania), é condição de possibilidade do reconhecimento do Estado Democrático de Direito afirmado no art. 1º da Constituição da República, enquanto princípio fundamental do Estado.

Portanto, não se haverá de homologar sentenças penais estrangeiras nem dar cumprimento às cartas rogatórias que afrontarem a soberana nacional. Aliás, não por outra razão, são exatamente esses os termos dos arts. 216 e 225 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

É de se ver, mais, que a citada Emenda Constitucional nº 45/04 inovou profundamente no trato das questões ora em exame, ao dispor que compete ao Superior Tribunal de Justiça (e não mais ao Supremo Tribunal Federal) "*a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias*" (art. 105, I, *i*, CF).

Caberá, então, ao Superior Tribunal de Justiça incluir em seu Regimento o procedimento a ser seguido nas hipóteses de homologação de sentença penal estrangeira e de concessão de *exequatur* (cumprimento) de cartas rogatórias, valendo, até lá, as regras do Regimento Interno da Suprema Corte.

17.1 Cartas rogatórias

Entende-se por carta rogatória a solicitação entre países soberanos para o cumprimento de ato processual necessário ao andamento de ação judicial em curso em um ou outro (país).

Roga-se, pois, às autoridades estrangeiras a realização de diligências (citação,

inquirições, depoimentos e quaisquer outros atos processuais que não possam ser realizados no país onde tramita a ação), por delegação e em atendimento às regras de cooperação internacional.

Por isso, toda a documentação apresentada para tais finalidades deverá ter tramitação pela via diplomática, com o que estará atestada a sua autenticidade (art. 782, CPP).

Quando a carta rogatória houver de ser expedida no Brasil para cumprimento no estrangeiro, e após a regular tramitação do feito, com observância estrita da legislação processual nacional, caberá ao Ministro da Justiça requerer o seu cumprimento às autoridades estrangeiras, também pela via diplomática.

De se ver que a Lei nº 11.900/09 criou o art. 222-A do CPP, para determinar que a s *cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio* , além de estender a aplicação do disposto no art. 222, § 1º e § 2º, do CPP, também às rogatórias. Sobre o tema ver nossas observações constantes do final do item 9.2.3.6.

Quando se tratar da hipótese inversa, isto é, de cumprimento da rogatória no Brasil, o seu cumprimento se dará por meio da concessão do *exequatur* pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça (não mais do STF), após verificação da regularidade da documentação. Dispõe o art. 784, § 1º, do CPP que a rogatória deverá vir acompanhada de tradução em língua nacional, feita por tradutor oficial ou juramentado. Todavia, a tramitação feita pela via diplomática, mesmo no país de origem, e desde que regularmente vertida para o vernáculo pelas referidas autoridades (diplomáticas), dispensa a exigência de tradutor oficial ou juramentado.

Tratando-se de atividade exercida no âmbito das relações internacionais, o cumprimento da rogatória haverá de ser da competência da Justiça Federal (art. 109, X, CF), com o que o tribunal mencionado no § 2º do citado art. 784 do CPP será o Tribunal Regional Federal da Região a que estiver subordinado (administrativamente) o respectivo Juiz Federal. É dizer: exarado o *exequatur*, isto é, o cumpra-se, a carta rogatória é remetida ao Tribunal Regional Federal, para posterior encaminhamento ao Juiz Federal do local de cumprimento.

Nos termos do art. 227, parágrafo único, do RISTF, caberá agravo regimental da decisão que conceder ou denegar o *exequatur*. Referido agravo, como se sabe, submete a decisão monocrática do Presidente do Tribunal ao Plenário da Corte. Já o art. 228 do mesmo Regimento (STF) diz serem cabíveis embargos em relação a quaisquer atos referentes à tramitação da carta rogatória, no prazo de dez dias.

Importante lembrar que não é mais do Supremo Tribunal Federal, nem de seu Presidente, a competência para a concessão de *exequatur* nem de homologação de sentença penal estrangeira, nos termos do art. 105, I, *i*, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04. Pensamos, todavia, que o RISTF deverá permanecer vigente, até que o Superior Tribunal de Justiça altere o seu Regimento, para o fim de incluir a aludida matéria.

Há, antes disso, uma fase, por assim dizer, instrutória. Recebida a rogatória, o interessado residente no país será intimado para, querendo, impugnar a pretensão alienígena, o mesmo ocorrendo com o Procurador-Geral da República. Todavia, a impugnação ao cumprimento da rogatória haverá de limitar-se às questões atinentes a possíveis violações à soberania nacional, à ordem pública ou à ausência de autenticidade.

É preciso, ainda, que se trate de crime que, segundo a lei brasileira, não exclua a extradição (art. 784, CPP), questão, portanto, relativa à soberania nacional.

Cumprida a diligência, a carta é remetida ao Superior Tribunal de Justiça, para posterior encaminhamento ao tribunal de origem (ou seja, no país de origem), pela via diplomática.

Tratando-se de ação penal privada, segundo a lei brasileira, a tramitação da carta rogatória, após o *exequatur*, dependerá do interessado, a quem, inclusive, caberá o pagamento das despesas e custas processuais (art. 784, § 3º, CPP).

17.2 Homologação das sentenças estrangeiras

A necessidade de homologação, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, CF), de sentença penal estrangeira tem por objetivo, primeiro, a preservação da

soberania nacional, malgrado a obrigação de cooperação internacional no combate à criminalidade, conforme previsão em inúmeros tratados e convenções.

Assim, não se admitirá o cumprimento em território nacional de pena criminal determinada em outro Estado. Em primeiro lugar, por ausência de previsão legal. Note-se que o art. 9º do CP afirma que a sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: (a) obrigar o condenado à reparação do dano, à restituição e a outros efeitos civis; (b) sujeitá-lo à medida de segurança.

Em segundo lugar, porque ninguém será *processado ou sentenciado* e nem *preso ou mantido* preso senão por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LIII e LXI, CF). Assim, atos executórios partindo de autoridade estrangeir confrontariam o princípio da soberania nacional, podendo, em tese, ultrapassar limitações materiais constitucionais. Por exemplo: a prisão de nacional por força de sentença estrangeira equivaleria à violação da norma constitucional que veda a extradição do brasileiro nato.

Também em relação aos estrangeiros, a execução de sentença criminal estrangeira há de ser cumprida lá, no estrangeiro, se houver tratado de extradição. Não havendo, a prisão, aqui, do mesmo modo, implicaria violação de impedimento constitucional (extradição).

Por isso, o que a legislação brasileira aceita é a homologação de sentença estrangeira, sobretudo para fins de reparação civil, o que é perfeitamente aceitável, quando houver previsão das mesmas consequências na legislação nacional. Aceita a homologação, também, e quando presentes os mesmos requisitos anteriormente mencionados, para a aplicação de medida de segurança. Note-se que o art. 789 do CPP refere-se, ainda, a penas acessórias, inexistentes, há mais de 20 anos em nosso ordenamento jurídico.

Somente em razão de as medidas de segurança decorrerem da prática de infração penal por inimputáveis (ou semi-imputáveis) e, por isso, de revelarem, em certa medida, a periculosidade do agente, é que se pode admitir a previsão de aplicação de medida de segurança a ser cumprida no país. Todavia, na prática, e, sobretudo,

quando houver tratado entre os países, o procedimento a ser adotado, pela via diplomática adequada, será o de extradição, tendo em vista as imensas dificuldades de execução de quaisquer penas – incluindo as de medida de segurança – no Brasil.

Afirma ainda a Lei (art. 789, § 1º, CPP) que, mesmo quando não houver tratado de extradição, a sentença estrangeira poderá ser homologada, desde que assim o requisite o Ministro da Justiça. Ora, sabendo das dificuldades anteriormente apontadas, duvidamos da aplicação prática de semelhante dispositivo.

O procedimento de homologação de sentença estrangeira é semelhante ao cumprimento de carta rogatória, no que respeita à observância das normas regimentais da jurisdição a tanto competente.

Como visto, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, cabe ao Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentença estrangeira e a concessão do *exequatur* em cartas rogatórias (art. 105, I, *i*, CF). Caberá, então, àquele tribunal a regulamentação procedimental de tais requerimentos externos, por meio de seu Regimento Interno. Pensamos, porém, que até que isso ocorra, deverão ser aplicadas as disposições pertinentes do Regimento do Supremo Tribunal Federal (arts. 215 a 224), além, é claro, das normas do Código de Processo Penal.

Renove-se, primeiro, a exigência de não homologação de sentença estrangeira que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Já nos manifestamos sobre o alcance interpretativo do citado dispositivo (art. 216, RISTF) logo no início do exame deste capítulo, limitando-nos aqui, por isso mesmo, à remissão ao assinalado tópico.

São requisitos indispensáveis à homologação:

a) haver sido proferida por juiz competente (art. 788, II, CPP, e art. 217, I, RISTF);
b) terem sido as partes citadas ou ter-se legalmente verificada a revelia (art. 788, II, CPP, e art. 217, II, RISTF);
c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida (art. 788, III, CPP, e art. 217, III, RISTF);

d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial (art. 788, IV e V, CPP, e art. 217, IV, RISTF).

A homologação poderá ser requerida pelo Procurador-Geral da República e pela parte interessada (na reparação civil), devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual e ser instruída com a certidão ou cópia autenticada do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados (art. 218, RISTF).

O requerido será citado, por oficial de justiça, por meio de *carta de ordem*, para contestar no prazo de 15 dias, sendo possível, também, a citação por edital, segundo a legislação brasileira (art. 220, RISTF).

A contestação poderá versar sobre vícios na autenticidade dos documentos, na própria sentença, cumprimentos das exigências legais (art. 788, CPP), bem como violação à soberania, à ordem pública e aos bons costumes.

Da decisão do Presidente que denegar a homologação da sentença caberá agravo regimental para o plenário da Corte (art. 222, parágrafo único, RISTF).

Por fim, a execução da sentença estrangeira homologada far-se-á por meio de Carta de Sentença, no juízo competente (da Justiça Federal, art. 109, X, CF) observadas as regras nacionais para o referido procedimento (art. 224, RISTF).

Observe-se que, muito ao contrário do que se contém no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Código de Processo Penal refere-se à oposição de embargos ao pedido de homologação (no prazo de dez dias), ao contrário da contestação prevista no citado Regimento.

Evidentemente, nem a Suprema Corte nem nenhum tribunal detém poder normativo suficiente a revogar disposições previstas em lei.

No entanto, a redação do antigo art. 102, I, *h*, da Constituição da República, que conferia ao Supremo Tribunal Federal a competência para a homologação de sentenças estrangeiras, dispunha ser possível ao Regimento Interno da Corte atribuir o aludido julgamento ao seu Presidente. Dessa delegação normativa, posta em plano

constitucional, aliada à legislação processual junto às instâncias superiores que lhe foram supervenientes – e, de modo particular, a Lei nº 8.038/90 –, resultou o entendimento, já consolidado, no sentido da aplicabilidade das normas do Regimento Interno, com prevalência sobre o Código de Processo Penal. E não porque se trata de normas equiparáveis às legais, evidentemente; mas porque o RISTF encontra-se em sintonia com a legislação civil e penal que estabelece procedimentos de competências originárias nas Cortes Superiores (a citada Lei nº 8.038/90).

Uma última questão: ilustres doutrinadores sustentam a possibilidade de reconhecimento de eficácia de sentença penal estrangeira para fins de reincidência (art. 63, CP), independentemente de homologação do Superior Tribunal de Justiça (ver, no ponto: NUCCI, 2005, p. 900; e MIRABETE, 2001, p. 1.828).

Não nos filiamos a semelhante compreensão.

É que somente a homologação da sentença estrangeira é capaz de atestar a sua validade extrínseca (requisito de forma), bem como a validade formal de seu conteúdo, pelo exame de sua compatibilidade com a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública.

Ora, se a reincidência é causa genérica de agravamento da pena, em função de um mais elevado grau de reprovação em face de pretensões preventivas, não se pode deixar de exigir, para a sua aplicação, a estrita observância da regularidade da condenação estrangeira, sob pena de afronta à soberania popular. E somente a homologação junto à autoridade judiciária brasileira competente é que poderá satisfazer, minimamente, tais exigências.

Por fim, deve ser mencionada ainda a existência do chamado "auxílio direto", previsto em tratados internacionais de cooperação, que ocorre quando um Estado estrangeiro solicita assistência diretamente a outro, no intuito de obter informações ou requerer ao Poder Judiciário local a obtenção das providências requeridas (normalmente de cunho cautelar).

Assim, ao contrário das cartas rogatórias e da homologação de sentença estrangeira, não há aqui uma *decisão judicial* a ser aplicada no país, apenas um pedido de auxílio.

No RHC 102.322-RJ (Rel. Min. Laurita Vaz), a Sexta Turma do STJ considerc *ofensa à soberania nacional* a produção de prova efetivamente realizada por autoridade estrangeira. É dizer, no auxílio direto a condução da prova deve ser feita pelas autoridades locais, independente da diversidade do sistema persecutório do Estado solicitante. No caso, foi considerada ilícita a prova oral produzida, uma vez que o interrogatório foi inteiramente dirigido pela autoridade francesa.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALBUQUERQUE, Marcelo S. *Garantia da não autoincriminação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofia del derecho y política, México, 2002.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ARAS, Vladimir. Videoconferência no processo penal. *Boletim dos Procuradores da República*, no 67, p. 14-22, jun. 2005.

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Thiago André Perobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*: coleção de estudos de processo penal em homenagem ao professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal:* a Lei 9.099 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicine e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1982.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment:* aspectos da responsabilidade política do presidente da república. São Paulo: Saraiva, 1992.

BUENO, Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

CÂMARA, Luiz Antônio. *Prisão e liberdade provisória:* lineamentos e princípios do

processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997.

CÂMARA, Luiz Antônio.*Medidas cautelares pessoais*. Prisão e liberdade provisória. De acordo com a Reforma do Código de Processo Penal. Lei 12.403/11 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.

CANEDO, Carlos Augusto Gonçalves.*Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes.*Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro.*O Ministério Público no processo civil e penal:* promotor natural, conflito e atribuição. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco.*As misérias do processo penal*. Tradução de Luís Fernando Lobão de Morais. São Paulo: Edicamp, 2001.

CARNELUTTI, Francesco.*A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco.*Principios del proceso penal*. Tradução de Santiago S. Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de (Org.).*Lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Novas perspectivas para a tese da competência da Justiça Federal para o crime de trabalho escravo. *Boletim dos Procuradores da República*, no 66, mar. 2005.

CERQUEIRA. Thales T. P. Pádua.*A competência originária em face da Lei 10.628/02:* justiça para pretos, pobres e prostitutas? Disponível em: <http://www.ielf.com.br>. Acesso em: out. 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe.*Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

COSTA, Rafael Paula Parreira. Desvios de verbas do SUS – Parâmetros para uma necessária e urgente definição de competência. L&C – *Revista de Administração Pública e Política*, Brasília: Editora Consulex, no 146.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

OUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIAS, Marcus Vinicius de Viveiros. Perpetuatio jurisdictionis no processo penal *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, ano V, no 55, nov. 2002.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales:* su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Madrid: Editorial Trivium, 1999.

FEITOSA, Denílson. *Direito processual penal*. Belo Horizonte: Pretorium, 1998.

FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERNANDEZ FILHO, Rogério Rodriguez. A independência funcional e o princíp da unidade. *Boletim Científico* – Escola Superior do Ministério Público da União Brasília: ESMPU, ano I, no 5, p. 89-105, out./dez. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon:* teoria del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLACH, Norberto. *Prisão processual penal:* discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FONTELES, Cláudio Lemos. Divergência entre membros do Ministério Público positivação do ato de acusar: conflito de jurisdição ou conflito de atribuição. *Anais*... Congresso do Ministério Público de São Paulo, 1999.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira. *Jurisprudência criminal do Supremo*

Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: com índice alfabético remissivo, verbetes e as súmulas do STJ. 5. ed. Curitiba: Idealgraf, 1999.

GOLDSHMIDT, James. *Princípios gerais do processo*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade:* conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. *Crime organizado:* enfoque criminológico, jurídico e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, José Francisco. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual:* de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Juizados especiais criminais*. 4. ed. rev. ampl. atual. de acordo com a Lei nº 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILH Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. atual. com nova jurisprudência e em face da Lei nº 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal:* teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação – *habeas corpus*, revisão criminal e mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, reclamação aos tribunais. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LOPES JR., Aury Celso Lima. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Atual. por Vitor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento:* a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal.* São Paulo: Método, 2008.

MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado.* 8. ed. São

Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais:* comentários, jurisprudência, legislação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes constitucionais da liberdade provisória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Verdades, mentiras e outras indagações*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo Souza (Orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional:* o Supremo e as garantias processuais. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto y proceso penal garantista*: limites y desafios. Córdoba: Lerner Editora, 2012.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal:* evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Akal/ Iure, 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. O estatuto do tribunal penal internacional e a Constituição brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas:* contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RICOUER, Paul. *Teoria da interpretação*. Lisboa: Edições 70, 2000.

ROXIN, Claus.*La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª Edición alemana y notas. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

ROXIN, Claus. Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do deve de informação qualificada. *Revista Liberdades*, v. 4, IBCCRIM, Trad. Alaor Leite.

SAMPAIO, José Adércio Leite.*Direito à intimidade e à vida privada:* uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite.*A constituição reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel.*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHLUCHTER, Ellen*Derecho procesal penal*. 2. ed. Revisión de la traducción: Inãki Esparza Leibar e Andréa Pchadel Gargallo. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd*Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons do Brasil, 2013.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1999. t. II.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento Daniel; Binenbojm, Gustavo (Org.).*Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 605-618.

SOUZA, José Barcelos de.*Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SOUZA, José Barcelos de. *Doutrina e prática do habeas corpus*. Belo Horizonte: Sigla, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1959. v. 4.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal:* principalmente em face da Constituição de 5.10.1988. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1992. 3 v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, 2002. v. 46.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal:* jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

WUNDERLICH, Alexandre. *Escritos de direito e processo penal. Em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.