SÉRIE RESUMO
1.ª FASE
OAB

Mais de 500.000 exemplares vendidos

Vauledir Ribeiro Santos
Arthur da Motta Trigueiros Neto

Como se preparar para o

EXAME DE ORDEM

6

Processo Penal

2014

CONTEÚDO MAIS COMPLETO DO MERCADO

- Teoria sistematizada e resumida
- Questões oficiais ao final dos capítulos
- Abordagem completa dos temas cobrados no exame

Coordenação
Vauledir Ribeiro Santos

gen | EDITORA MÉTODO

Como se preparar para o

EXAME DE ORDEM

6 Processo Penal

abdr
Respeite o direito autoral



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo 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, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

SÉRIE RESUMO
1.ª FASE
OAB

Vauledir Ribeiro Santos
Arthur da Motta Trigueiros Neto

Como se preparar para o
EXAME DE ORDEM

6 Processo Penal

14.ª edição

gen | EDITORA MÉTODO
SÃO PAULO

■ A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

■ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2014 *by*
EDITORA MÉTODO LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714
metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

■ Capa: Danilo Oliveira

■ Produção Digital: Geethik

■ CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Santos, Vauledir Ribeiro

Como se preparar para o exame de Ordem, 1.ª fase: processo penal / Vauledir Ribeiro Santos, Arthur da Motta Trigueiros Neto. - 14.ª ed. - Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2014.
(Resumo: V. 6)

ISBN 978-85-309-5393-5

1. Ordem dos Advogados do Brasil - Exames. 2. Processo penal - Brasil - Problemas, questões, exercícios. I. Trigueiros Neto, Arthur da Motta. II. Título. III. Série.

08-5356 CDU: 343.1(81)

NOTA À SÉRIE

É com enorme satisfação que apresentamos aos candidatos ao Exame da OAB a *Série Resumo: como se preparar para o Exame de Ordem – 1.ª fase*, composta por quinze volumes, a saber: Constitucional, Comercial, Administrativo, Tributário, Penal, Processo Penal, Civil, Processo Civil, Trabalho, Ética Profissional, Ambiental, Internacional, Consumidor, Leis Penais Especiais e Direitos Humanos.

Esta série é mais um grande passo na conquista de nosso sonho de oferecer aos candidatos ao Exame de Ordem um material sério para uma preparação completa e segura.

Sonho esse que teve início com a primeira edição de *Como se preparar para o Exame de Ordem – 1.ª e 2.ª fases*, prontamente acolhido pelo público, hoje com mais de 100.000 exemplares vendidos, trabalho que se firmou como o guia completo de como se preparar para as provas. Mais adiante, lançamos a série *Como se preparar para a 2.ª fase do Exame de Ordem*, composta, atualmente, por seis livros – *opção PENAL, CIVIL, TRABALHO, TRIBUTÁRIO, CONSTITUCIONAL e TÉCNICAS DE REDAÇÃO APLICADAS À PEÇA PROFISSIONAL* –, obras que também foram muito bem recebidas por aqueles que se preparam para a prova prática nas respectivas áreas.

A série tem como objetivo apresentar ao candidato o conteúdo exigível, estritamente necessário, para aprovação na 1.ª fase do Exame de Ordem, numa linguagem clara e objetiva.

Para tanto, foi elaborada por professores especialmente selecionados para este mister, e estudiosos do tema Exame de Ordem, que acompanham constantemente as tendências e as peculiaridades dessa prova.

Os livros trazem, ao final de cada capítulo, questões pertinentes ao tema exposto, selecionadas de exames oficiais, para que o candidato possa avaliar o grau de compreensão e o estágio de sua preparação.

Vauledir Ribeiro Santos
(vauledir@grupogen.com.br)

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

SUMÁRIO

1. APLICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

1.1 A lei processual no espaço

1.2 A lei processual no tempo (irretroatividade)

1.3 A lei processual em relação às pessoas

1.3.1 Imunidades

1.3.2 Imunidade diplomática

1.3.3 Imunidade parlamentar

1.4 Persecução penal

1.5 Questões

2. INQUÉRITO POLICIAL

2.1 Conceito e características do inquérito policial

2.2 Atribuição para instauração do inquérito policial

2.3 Formas de instauração

2.4 Providências preliminares a serem tomadas pela autoridade policial

2.5 Prazos de conclusão do inquérito policial

2.6 Conclusão do inquérito policial

2.7 Considerações finais

2.8 Questões

3. AÇÃO PENAL

3.1 Ação penal

3.2 Princípios gerais da ação penal

3.3 Condições e pressupostos processuais da ação penal

3.4 Classificação da ação penal

3.5 Ação penal pública

3.5.1 Princípios específicos da ação penal pública
3.5.2 Ação penal pública incondicionada e condicionada
3.5.3 Prazos da ação penal pública
3.6 Ação penal privada
3.6.1 Princípios específicos da ação penal privada
3.6.2 Legitimidade para a ação privada
3.6.3 Prazo da ação penal privada
3.6.4 Espécies de ação penal privada
3.6.4.1 Ação penal exclusivamente privada
3.6.4.2 Ação penal privada personalíssima
3.6.4.3 Ação penal privada subsidiária da pública (arts. 5.º, LIX, da CF e 29 do CPP)
3.6.5 Extinção da punibilidade na ação penal privada
3.6.5.1 Considerações preliminares
3.6.5.2 Decadência
3.6.5.3 Renúncia ao direito de queixa
3.6.5.4 Perempção
3.6.5.5 Perdão do ofendido
3.7 Denúncia e queixa-crime
3.7.1 Requisitos da denúncia ou queixa-crime
3.7.2 Rejeição da denúncia ou queixa-crime
3.7.3 Prazo para o aditamento da queixa e da denúncia
3.8 Questões

4. AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*
4.1 Questões

5. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA
5.1 Jurisdição
5.1.1 Princípios da jurisdição
5.2 Competência
5.2.1 Competência pelo lugar da infração

5.2.2 Competência pelo domicílio ou residência do réu
5.2.3 Competência pela natureza da infração
5.2.4 Competência por prevenção e distribuição
5.2.5 Competência por conexão ou continência
5.2.6 Competência por prerrogativa de função
5.2.7 Modificações de competência
5.2.8 Competência absoluta e relativa
5.3 Questões

6. QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES
6.1 Questões prejudiciais
6.2 Processos incidentes
6.2.1 Exceções
6.2.1.1 Considerações preliminares
6.2.1.2 Exceção de suspeição
6.2.1.3 Exceção de incompetência do juízo
6.2.1.4 Exceção de litispendência
6.2.1.5 Exceção de coisa julgada (*non bis in idem*)
6.2.1.6 Exceção de ilegitimidade de parte
6.2.2 Incompatibilidades e impedimentos
6.2.3 Conflito de jurisdição
6.2.4 Restituição das coisas apreendidas
6.2.5 Medidas assecuratórias
6.2.5.1 Sequestro de bens
6.2.5.2 Hipoteca legal
6.2.5.3 Arresto
6.2.5.4 Alienação antecipada de bens
6.2.6 Incidente de falsidade
6.2.7 Insanidade mental do acusado
6.3 Questões

7. PROVA

7.1 Conceito de prova

7.2 Meios de prova e sua admissibilidade

7.2.1 A vedação das provas obtidas por meios ilícitos. “Novidades” inseridas ao CPP pela Lei 11.690/2008

7.3 Produção das provas

7.4 Sistemas de apreciação das provas

7.5 Classificação das provas

7.5.1 Exame do corpo de delito e perícias em geral. Novidades inseridas ao CPP pela Lei 11.690/2008

7.5.2 Interrogatório do acusado. As novidades inseridas pela Lei 11.900/2009 (videoconferência)

7.5.2.1 O interrogatório por videoconferência. O novo art. 185 do CPP

7.5.3 Confissão

7.5.4 Declarações do ofendido

7.5.5 Testemunhas

7.5.6 Reconhecimento de pessoas e coisas

7.5.7 Acareação

7.5.8 Prova documental

7.5.9 Indícios

7.5.10 Busca e apreensão

7.6 Questões

8. SUJEITOS PROCESSUAIS

8.1 O juiz

8.2 O Ministério Público

8.3 Acusado e defensor

8.3.1 Acusado

8.3.2 Defensor

8.4 Assistentes

8.5 Auxiliares da justiça

8.6 Questões

9. PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES E LIBERDADE PROVISÓRIA

9.1 As medidas cautelares no processo penal. Disposições gerais

9.1.1 Requisitos gerais para a decretação de qualquer medida cautelar

9.1.2 Outras considerações sobre as medidas cautelares

9.1.3 Medidas cautelares diversas da prisão

9.2 Prisão

9.2.1 Prisão com mandado

9.2.2 Prisão em flagrante

9.2.3 Prisão preventiva

9.2.4 Prisão temporária

9.2.5 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Revogação do art. 594 do CPP. Ainda existe tal modalidade de prisão cautelar?

9.2.6 Prisão decorrente de pronúncia. Ainda existe tal modalidade de prisão cautelar?

9.2.7 Considerações finais sobre a prisão

9.2.8 Quadro-resumo das espécies de prisão cautelar após a reforma processual penal de 2008

9.3 Liberdade provisória

9.4 Fiança

9.5 Uso indevido de algemas e Súmula Vinculante 11 do STF. Efeitos de seu descumprimento nas prisões cautelares

9.6 Questões

10. CITAÇÕES E INTIMAÇÕES

10.1 Citação

10.2 Intimação e notificação

10.3 Questões

11. ATOS PROCESSUAIS E ATOS JUDICIAIS

11.1 Atos processuais

11.1.1 Noções e classificações

11.1.2 Prazos dos atos processuais

11.2 Atos judiciais

11.2.1 Decisão interlocutória simples, decisão interlocutória mista (ou com força de definitiva)

11.2.2 Sentença

11.2.2.1 Embargos de declaração

11.2.2.2 Princípio da correlação

11.2.2.3 *Emendatio libelli*

11.2.2.4 *Mutatio libelli*

11.3 Coisa julgada

11.4 Questões

12. PROCEDIMENTOS EM ESPÉCIE

12.1 Procedimentos no processo penal. Inovações promovidas pela Lei 11.719/2008

12.2 Os “novos” procedimentos ordinário e sumário. Considerações iniciais

12.2.1 Procedimento ordinário. Considerações preliminares

12.2.2 Rejeição ou recebimento da denúncia ou queixa

12.2.3 Citação e suspensão

12.2.4 Resposta escrita

12.2.5 Absolvição sumária do réu. Julgamento antecipado da lide penal

12.2.6 Audiência una para a oitiva das testemunhas de acusação e defesa. Concentração dos atos e celeridade processual

12.3 Procedimento sumário (arts. 531 a 538)

12.4 Procedimento sumaríssimo

12.5 Procedimentos especiais

12.5.1 Procedimento nos crimes de competência do Tribunal do Júri

12.5.1.1 Tribunal do Júri

12.5.1.2 A função do jurado

12.5.1.3 Primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri

12.5.1.4 A segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri

12.5.2 Procedimento nos crimes funcionais (arts. 513 a 518 do CPP)

12.5.3 Procedimento nos crimes contra a honra (arts. 519 a 523 do CPP)

12.5.4 Procedimento nos crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530-H do CPP)
12.5.5 Procedimento nos crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)
12.6 Questões

13. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO
13.1 Considerações preliminares
13.2 Cabimento
13.3 Requisitos
13.4 Homologação
13.5 Condições obrigatórias e facultativas
13.6 Revogação
13.7 Suspensão condicional do processo e a violência doméstica
13.8 A suspensão condicional do processo e a Súmula 337 do STJ
13.9 Questões

14. NULIDADES
14.1 Conceito
14.2 Classificação das nulidades
14.3 Princípios que norteiam as nulidades
14.4 Atos nulos e anuláveis
14.5 Questões

15. RECURSOS
15.1 Teoria geral
15.1.1 Conceito
15.1.2 Finalidade
15.1.3 Pressupostos recursais
15.1.3.1 Pressupostos objetivos
15.1.3.2 Pressupostos subjetivos
15.1.4 Classificação dos recursos

15.1.5 Juízo de admissibilidade (ou de prelibação) e juízo de mérito (ou de delibação)

15.1.6 Efeitos dos recursos

15.1.7 Interposição

15.1.8 Proibição da *reformatio in pejus*

15.2 Recursos em espécie

15.2.1 Recurso em sentido estrito (RESE)

15.2.1.1 Cabimento do recurso em sentido estrito

15.2.1.2 Prazo para interposição

15.2.1.3 Processamento do recurso em sentido estrito

15.2.2 Apelação

15.2.2.1 Cabimento do recurso de apelação

15.2.2.2 Processamento do recurso de apelação

15.2.2.3 Procedimento recursal nos tribunais para o julgamento da apelação e do recurso em sentido estrito (arts. 609 a 618 do CPP)

15.2.3 O protesto por novo júri. Revogação pela Lei 11.689/2008

15.2.4 Dos embargos

15.2.4.1 Embargos infringentes e de nulidade

15.2.4.2 Embargos de declaração

15.2.5 Recurso especial

15.2.6 Recurso extraordinário

15.2.7 Recurso ordinário constitucional

15.2.8 Correição parcial

15.2.9 A carta testemunhável

15.2.10 *Habeas corpus*

15.2.10.1 Características, espécies e legitimidade

15.2.10.2 Competência

15.2.10.3 Requisitos para o cabimento do *habeas corpus*

15.2.11 Mandado de segurança (Lei 12.016/2009 e art. 5.º, LXIX e LXX, da CF)

15.2.12 Revisão criminal

15.2.13 Agravo em execução
15.3 Questões

16. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEIS 9.099/1995 E 10.259/2001)
16.1 Competência
16.2 Atos processuais. Tramitação
16.3 Fase preliminar (ou policial)
16.4 Fase conciliatória ou audiência preliminar
16.5 Fase do procedimento sumaríssimo
16.6 Questões

GABARITOS



APLICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

1.1 A LEI PROCESSUAL NO ESPAÇO

Em regra, o processo penal é regido, em todo o território brasileiro, pelo Código de processo penal (art. 1.º do CPP – *princípio da territorialidade*). Excepcionalmente, a lei estrangeira será aplicada no território brasileiro na hipótese de existir algum tratado, convenção ou regra de direito internacional nesse sentido (art. 1.º, I, do CPP). Daí dizer-se que o CPP adota, assim como o CP, uma territorialidade temperada, tendo em vista que, em certos casos, embora crimes venham a ser cometidos em território brasileiro, não será aplicada a legislação pátria.

Consideram-se, para efeitos penais, como extensão do território nacional:

- as embarcações e aeronaves públicas ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem;
- as embarcações e aeronaves particulares que se acharem em espaço aéreo ou marítimo brasileiro ou em alto-mar ou espaço aéreo correspondente.

Interessante notar que a existência de um tratado internacional dispondo sobre regras de direito penal, como, por exemplo, em caso de extraterritorialidade (art. 7.º do CP), poderá prevalecer em relação à própria lei nacional, conforme entendimento do STF (HC 58.272).

Resumindo:

→ Regra = Aplicação do CPP no território nacional (princípio da territorialidade temperada)
→ Exceção = Tratados, convenções, regras de direito internacional e legislação especial

1.2 A LEI PROCESSUAL NO TEMPO (IRRETROATIVIDADE)

Nos termos do art. 2.º do CPP, a lei processual penal será aplicada desde logo (imediatamente), sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência de lei anterior. Vige, portanto, em nossa legislação, o princípio *tempus regit actum*, ou seja, o *tempo rege o ato*. É a regra geral. A lei, uma vez publicada, produzirá efeitos para o futuro (ex *nunc*). Os atos anteriormente praticados, desde que validamente (de acordo com as normas vigentes), estarão preservados.

Esse princípio gera dois efeitos importantes: **a)** os atos processuais realizados sob o amparo da lei anterior consideram-se válidos; e **b)** as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenvolvimento das demais fases e atos do processo, respeitados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Nada mais é do que o *princípio do efeito imediato das leis processuais penais (tempus regit actum)*.

Neste sentido, pode-se afirmar que a lei processual penal é irretroativa (diferente da lei penal que, se for benéfica ao réu, retroage, nos termos do art. 5.º, XL, da CF e art. 2.º do CP), já que só será aplicada a fatos ocorridos a partir de sua vigência.

Todavia, nas normas mistas (ou híbridas), ou seja, aquelas compostas de regras de caráter penal e processual, a irretroatividade (se prejudicial) ou retroatividade (se benéfica) serão aplicadas somente na parte em que o seu conteúdo for de direito material, permitindo, desta forma, a aplicação dos institutos da *ultratividade* (aplicação da lei penal mais benéfica para fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo após sua revogação) e *retroatividade* da lei mais benéfica (que são espécies do gênero extra-atividade da lei – art. 2.º, parágrafo único, do CP). Frise-se que o entendimento ora trazido à baila não é unânime, uma vez que há quem entenda que as normas, em geral, ou retroagem por inteiro, ou não retroagem. Em outras palavras, seria impossível (para alguns) a retroatividade de apenas parte de uma norma. Todavia, para o Exame de Ordem, é interessante que o candidato saiba dos posicionamentos mais favoráveis ao réu.

Portanto, a lei processual penal é sempre **irretroativa** e de incidência imediata, ainda que não seja benéfica em relação ao réu (excepcionalmente poderá haver comando expresso na lei para determinar a sua aplicação retroativa).

Por derradeiro, importa ressaltar que a lei processual não regula o *fato criminoso*, mas apenas o instrumento de aplicação da lei material (direito penal), que é o processo. Toda lei que se relaciona de alguma forma com o direito de punir (*jus puniendi*), reforçando ou reduzindo os direitos penais subjetivos do acusado, deve ser considerada lei penal material, ainda que prevista, por exemplo, em diplomas legais que, aparentemente, regulem apenas matérias processuais (ex.: a perempção vem prevista no art. 60 do CPP, mas por se tratar de causa extintiva da punibilidade, tem natureza penal). Apenas a título de reforço, há posicionamentos da doutrina e jurisprudência no sentido de que, se uma norma processual penal regular direitos disciplinados na Carta Magna como, por exemplo, alteração das regras da liberdade provisória, deverão ser observados o art. 5.º, XL, da Constituição Federal e art. 2.º do Código Penal (retroatividade benéfica), tratando-se, aqui, de *normas processuais penais materiais*.

Em suma:

→ Aplicação imediata da lei processual penal = regra da irretroatividade (*tempus regit actum*)

→ Lei processual penal material = retroatividade benéfica (ou irretroatividade prejudicial – art. 5.º, XL, da CF).

Observação: reforçamos que a regra acerca da lei processual penal é a sua irretroatividade, não sendo correto, em princípio, indagar-se se a nova lei é benéfica ou prejudicial ao acusado. Pouco importará a gravidade (ou benevolência) da nova legislação processual penal em virtude do disposto no art. 2.º do CPP, que consagra o princípio da aplicação imediata da lei processual penal. Contudo, não podemos deixar de registrar o posicionamento acerca das denominadas *leis processuais penais materiais*, que seguirão o mesmo regime das leis penais (se prejudiciais, serão irretroativas, desde que guardem alguma relação direta com garantias fundamentais do cidadão, tais como as relativas à liberdade).

1.3 A LEI PROCESSUAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS

1.3.1 Imunidades

Em decorrência do disposto nos arts. 5.ºe 7.º do CP, combinados com o art. 1.º do CPP, em princípio, todas as regras de processo penal deverão ser aplicadas a qualquer pessoa que deva se submeter à jurisdição brasileira. Entretanto, a Constituição Federal e o art. 1.º, I e II, do CPP arrolam as pessoas que, excepcionalmente, terão regras próprias para a verificação da sua culpabilidade. Tais regras são denominadas imunidades.

A imunidade é uma prerrogativa conferida a certas pessoas em virtude das atividades por elas desempenhadas como forma de garantir, assim, o livre exercício de suas funções. A imunidade pode ser *diplomática* ou *parlamentar*.

1.3.2 Imunidade diplomática

A imunidade diplomática é aplicada a qualquer delito praticado por agente diplomático (embaixador, secretários da embaixada, pessoal técnico e administrativo das representações), estendendo-se à sua família, a funcionários de organismos internacionais em serviço (exemplos: ONU, OEA) e quando em visita oficial. Trata-se de uma imunidade irrenunciável. Os chefes de Estados estrangeiros e os membros de sua comitiva também estão acobertados pela imunidade diplomática.

Deve-se frisar que o Brasil é signatário da Convenção de Viena, referendada pelo Decreto 56.435/1965 e ratificada pelo Decreto 61.078/1967, ficando, desde então, concedida a denominada *imunidade de jurisdição* aos diplomatas, sujeitando-os às suas próprias legislações, e não à brasileira.

Apenas a título de reforço, a imunidade de jurisdição é de tamanha amplitude que o agente diplomático não é obrigado sequer a prestar depoimento como testemunha, salvo se o depoimento estiver relacionado com o exercício de suas funções.

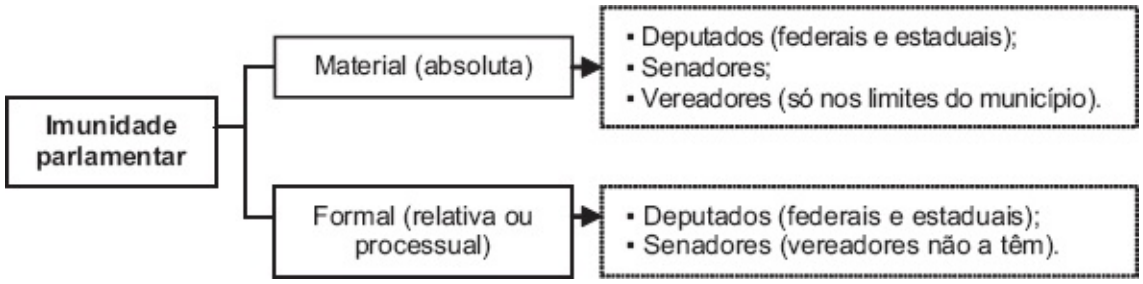
1.3.3 Imunidade parlamentar

Essa espécie de imunidade garante ao parlamentar (deputado e senador) a ampla liberdade de palavra, voto ou opinião, no exercício de suas funções (denominada *imunidade material* – art. 53, *caput*, da CF), sendo invioláveis, pois, aos denominados *crimes de opinião*. Ainda, gozam da garantia de não poderem ser presos desde a diplomação até o término do mandato, exceto em flagrante por delito inafiançável (art. 53, § 2.º, 1.ª parte, da CF – é a denominada

imunidade formal). Por decorrerem da função exercida e não da figura (pessoa) do parlamentar, não se admite a sua renúncia (é, portanto, irrenunciável).

Estende-se também (a imunidade material) aos Vereadores se o crime foi praticado no exercício do mandato e na circunscrição do Município. Porém, referidos membros do Poder Legislativo não gozam de imunidade formal (também denominada processual ou relativa).

Resumindo:



Para saber mais sobre o tema, consulte o livro sobre Direito Constitucional desta série.

1.4 PERSECUÇÃO PENAL

O objetivo do processo penal é viabilizar a aplicação da sanção penal àquele que praticou um crime ou uma contravenção penal. Para aplicar a sanção (penas ou medidas de segurança), o Estado deve inicialmente desenvolver uma série de atividades persecutórias.

Persecução penal é o nome dado à somatória das atividades investigatórias (fase preprocessual) e da ação penal (fase processual) promovida pelo Ministério Público ou ofendido (nos casos de ação penal privada). É por meio da persecução penal que se procura tornar efetivo o *jus puniendi* resultante da prática da infração penal, impondo ao seu autor a sanção penal cabível. De uma forma mais simples ainda, a persecução penal é a ação de perseguir o crime.

Assim, a persecução penal (ou *persecutio criminis*) possui duas fases:

1.ª) ***inquérito policial*** – que consiste na reunião de elementos que demonstrem a existência de indícios de autoria e prova de materialidade da infração penal (denominada *persecução penal extrajudicial*);

2.ª) ***ação penal*** – que tem início pela denúncia ou queixa-crime (recebida pelo juiz) e o seu

fim com a sentença condenatória ou absolutória transitada em julgado (denominada *persecução penal judicial*).

Enquanto na 1.ª fase não se fala na aplicação de algumas garantias constitucionais (contraditório e ampla defesa, especialmente), na 2.ª, sob pena de invalidade do processo, deverão ser plenamente observadas.

Em resumo:

Persecução penal = Atividade investigatória + Atividade acusatória

---

A jurisprudência do STF (HC 106664) entendeu ser possível a instauração de inquérito policial e posterior ação penal com fundamento em delação anônima, desde que apurados sumária e preliminarmente por autoridade policial, indícios do suposto delito, ou seja, deve haver fatos que sustentem a persecução penal, independentemente do relato anônimo.

1.5 QUESTÕES

1. (OAB/Nacional 2007.III) Sobre a aplicação da lei penal e da lei processual penal, assinale a opção incorreta.

a) Os atos processuais realizados sob a vigência de lei processual anterior são considerados válidos, mesmo após a revogação da lei.

b) As normas processuais têm aplicação imediata, ainda que o fato que deu origem ao processo seja anterior à entrada em vigor dessas normas.

c) O dispositivo constitucional que estabelece que a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, aplica-se à lei penal e à lei processual penal.

d) Lei penal que substitua outra e que favoreça o agente aplica-se aos fatos anteriores à sua entrada em vigor, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

2. (OAB/CESPE 2006.III) Assinale a opção correta, considerando jurisprudência do STF e do STJ.

a) Competem à justiça federal o processo e o julgamento de feito que vise à apuração de possível crime ambiental em área de preservação permanente perpetrada em terras particulares, mesmo quando não restar demonstrada a existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União.

b) As normas de direito processual penal são regidas pelo princípio do *tempus regit actum*.

c) A lei que instituiu os juizados especiais criminais no âmbito da justiça federal ampliou o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, elevando para três anos o teto da pena abstratamente cominada ao delito.

d) É inadmissível, segundo a lei processual penal, que as omissões da acusatória inicial

possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final.

3. (OAB/Nacional 2008.III) Assinale a opção correta de acordo com o CPP.

a) Com a aplicação imediata da lei processual penal, os atos realizados sob a vigência da lei anterior perdem sua validade.

b) A lei processual penal não admite interpretação extensiva.

c) Caso a autoridade policial tome conhecimento de um crime de ação penal privada, ela poderá instaurar, de ofício, o inquérito policial.

d) Caso a autoridade policial tome conhecimento da prática de infração penal, ela deve averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, bem como quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



INQUÉRITO POLICIAL

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial, conforme amplamente difundido na doutrina, é o conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial (Delegado de Polícia de carreira), com o objetivo de apurar indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, o que servirá, posteriormente, de base para a propositura de eventual ação penal (pública ou privada) pelo seu respectivo titular (Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, e querelante, nos crimes de ação penal privada).

No processo penal não basta tão somente a petição inicial (denúncia ou queixa) para que o processo seja instaurado, tal como ocorre, por exemplo, na área cível. Os interessados na sua instauração necessitam de uma **prova pré-constituída**, ou seja, devem demonstrar a presença do *fumus boni iuris* consubstanciado na existência de indícios de autoria e de prova da materialidade do crime contra o acusado (o que se denomina *justa causa*). Daí a razão de existir o inquérito policial, que é instrumento destinado à reunião de elementos relacionados a uma infração penal. O inquérito policial, também conhecido como *informatio delicti*, nada mais é do que a parte investigatória da persecução penal (**lembre-se:** persecução penal extrajudicial), e tem como objetivo servir de base para a ação penal ou para providências cautelares, como por exemplo a prisão preventiva ou outras medidas cautelares diversas da prisão.

Importante notar que o inquérito policial é apenas uma espécie do gênero inquérito. Existem inquéritos instaurados por autoridades administrativas, que têm a mesma finalidade dos inquéritos policiais, ou seja, apurar responsabilidades (são denominados de *inquéritos extrapoliciais*). Se a irregularidade praticada transcender a ilicitude meramente administrativa, enquadrando-se num ilícito penal, deve a autoridade fazer chegar o inquérito ao órgão do Ministério Público, para que este ofereça a denúncia (se o crime apurado for de ação penal pública).

Retornando ao inquérito policial, nele não se admite o contraditório, pois a incidência desse princípio só ocorre após o início efetivo da ação penal (na fase da persecução penal judicial), momento esse em que já foi regularmente formalizada uma acusação contra o suposto autor da infração. Antes disso, o inquérito policial é considerado apenas um procedimento preliminar e inquisitivo. Assim, diz-se que o inquérito policial é dotado das seguintes características:

a) é inquisitivo, vale dizer, o indiciado ou averiguado é mero *objeto de investigação*, o que afasta a possibilidade do exercício da garantia constitucional do contraditório, exigido apenas em **processos** judiciais ou administrativos, e aos **acusados** em geral (art. 5.º, LV, da CF). Inquérito policial não é processo, bem como neste não se fala em acusado. Entretanto, isso não impede que o advogado acompanhe as diligências e tenha acesso aos autos, por força do disposto no art. 7.º do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994). Nesse sentido, o STF editou a Súmula Vinculante 14, que possui a seguinte redação: “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”;
b) é ***oficial***, ou seja, é presidido por agentes públicos (autoridade policial), nos termos do art. 144, § 4.º, da CF;
c) é ***sigiloso***, já que, se houvesse ampla publicidade das investigações, por certo ficariam frustrados os objetivos do inquérito policial (art. 20 do CPP). Todavia, deve-se salientar que o sigilo não pode obstar que o advogado tenha conhecimento dos termos do inquérito policial, já que tal possibilidade é prerrogativa prevista no Estatuto da OAB (art. 7.º, III, da Lei 8.906/1994 – Estatuto da OAB). Por fim, é evidente que o sigilo não se estende ao Ministério Público e ao Juiz. Ainda no tocante ao direito de vista do inquérito policial pelo advogado, recentemente o STF, ao editar a Súmula Vinculante 14, assim se manifestou: “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”;
d) é ***escrito***, ou seja, todos os atos nele realizados são reduzidos a termo (art. 9.º do CPP);
e) é ***dispensável***, ou seja, não é obrigatória sua instauração, já que a ação penal poderá ser proposta pelo seu titular se dispuser de outros elementos (documentos, em regra) que lhe confiram *justa causa* (indícios de autoria e materialidade delitivas).

No que se refere à sua instauração, não se aplicam as regras previstas para a competência jurisdicional. Fala-se, portanto, em *atribuição* e a sua inobservância, ao contrário do que ocorre no processo penal, não acarreta em nenhum vício do procedimento ou em sanção para autoridade.

O ***destinatário imediato*** do inquérito policial é o Ministério Público ou o ofendido (titulares da ação penal pública e privada, respectivamente) e o ***destinatário mediato*** é o juiz (existindo inquérito, esse acompanhará a denúncia, ingressando nos autos como meio de prova de valor relativo).

Tendo em vista a sua natureza de procedimento investigatório prévio, o vício existente no inquérito policial não acarreta a nulidade da ação penal. Assim, um auto de prisão em flagrante irregular pode acarretar apenas o relaxamento da prisão, mas não a nulidade da ação penal.

Acerca do valor probatório do inquérito policial, largamente diz-se que é **relativo**, ou seja, não pode, por si só, estribar a prolação de uma sentença condenatória. É bem verdade que as provas periciais (provas técnicas, portanto), embora tenham sido produzidas sem a participação do indiciado, terão valor idêntico ao das provas colhidas em juízo, não precisando, dessa forma, ser novamente produzidas em juízo (embora possam ser "contestadas" durante a persecução penal judicial). Entretanto, a jurisprudência é unânime ao proibir a prolação de sentença condenatória apoiada exclusivamente nas provas produzidas durante o inquérito policial, especialmente os depoimentos de testemunhas e as declarações da vítima, que deverão ser repetidos em juízo, agora sob o crivo do contraditório.

Nessa ordem de ideias, nas recentes reformas ao Código de Processo Penal, andou bem o legislador ao prever expressamente a ***inadmissibilidade de sentença lastreada exclusivamente nos elementos colhidos na fase inquisitorial***. Vejamos a nova redação conferida ao art. 155 do CPP pela Lei 11.690/2008: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

Por fim, cabe observar que nas infrações de menor potencial ofensivo, tratadas pelas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001, em face da celeridade, que é regra na apuração de tais infrações, é dispensada a instauração do inquérito policial, que aqui é substituído pelo ***termo circunstanciado*** (arts. 69 e 77, § 1.º, da Lei 9.099/1995).

2.2 ATRIBUIÇÃO PARA INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

A atribuição (e não *competência*, que é o limite da jurisdição) para presidir o inquérito policial é deferida aos delegados de polícia de carreira (aprovados em concurso público), de acordo com as normas de organização policial dos Estados. Essa atribuição é distribuída, de um modo geral, de acordo com o lugar onde se consumou a infração (*ratione loci*), salvo nas comarcas onde houver delegacias especializadas, que terão atribuição em razão da matéria (*ratione materiae* – exemplos: delegacias da mulher, delegacias do consumidor). O art. 22 do CPP dispõe que, no Distrito Federal e nas comarcas em que houver mais de uma circunscrição policial, a autoridade com exercício em uma delas poderá, nos inquéritos a que esteja procedendo, ordenar diligências em circunscrições de outra, independentemente de carta precatória ou requisições.

2.3 FORMAS DE INSTAURAÇÃO

O inquérito policial pode ser instaurado das seguintes formas:

1. *De ofício pela autoridade policial* (art. 5.º, I, do CPP) – o inquérito policial será instaurado independentemente de ordem (do juiz ou do Ministério Público) ou de provocação da vítima quando a autoridade tomar conhecimento da ocorrência de crime (*notitia criminis*) de ação penal pública incondicionada. A peça inaugural será, neste caso, a denominada portaria. *Notitia criminis* é a notícia sobre o crime; é o conhecimento pela autoridade policial (independentemente do meio: registro da ocorrência, imprensa etc.) da ocorrência de um fato aparentemente criminoso. A *notitia criminis* será:

a) *espontânea*: quando o conhecimento da infração penal pela autoridade policial ocorre direta e imediatamente por meio de suas atividades rotineiras, obrigando-a a instaurar o inquérito policial. Nesse caso, a notícia é chamada de *notitia criminis* de cognição direta (ou imediata);

b) *provocada*: quando o conhecimento da autoridade da prática de uma infração penal ocorre por meio de petições, ofícios, requisições e por outras diversas formas previstas na legislação processual penal (*notitia criminis* de cognição indireta ou mediata);

c) *de cognição coercitiva*: quando a autoridade policial tomar conhecimento do fato criminoso por meio da prisão em flagrante do autor do delito.

De acordo com o art. 5.º, § 3.º, CPP, “qualquer pessoa do povo que tiver

conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito".

2. *Por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público* (art. 5.º, II, 1.ª parte, do CPP) (*a requisição tem conotação de ordem*): de acordo com o art. 40, do CPP, quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime que deva ser apurado mediante ação pública, as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia deverão ser remetidos ao Ministério Público para que sejam tomadas providências nesse sentido. Assim, uma vez enviados os aludidos documentos, o titular da ação penal formará a sua convicção acerca da necessidade de maiores esclarecimentos e investigações a serem feitas por intermédio de um inquérito policial. Frise-se que o próprio juiz poderá requisitar (ordenar) a instauração de inquérito policial ao delegado de polícia, por meio de ofício requisitório. O mesmo se pode afirmar em relação ao Ministério Público.

3. *Por requerimento do ofendido* (art. 5.º, II, 2.ª parte, do CPP): o requerimento (*tem sentido de solicitação*) do ofendido, ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Para os crimes de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal privada, a instauração do inquérito ***está condicionada***, respectivamente, à representação do ofendido ou seu representante legal (art. 5.º, § 4.º, do CPP) e ao requerimento do ofendido ou seu representante legal (art. 5.º, § 5.º, do CPP).

Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso (de natureza administrativa) para o Chefe de Polícia, ou seja, ao Delegado-Geral de Polícia (ou ao Secretário de Segurança Pública, segundo entendimento de alguns), superior máximo exclusivo da Polícia Judiciária. Seja como for, o melhor caminho é a manifestação do inconformismo diretamente ao Ministério Público ou ao Juiz de Direito, que poderão requisitar a instauração do inquérito). É importante ressaltar que nem o Ministério Público nem a autoridade judiciária poderão requisitar, nos casos de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal privada, a instauração do inquérito policial, mas somente o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo.

É importante frisar que o ***requerimento do ofendido não se confunde com a representação*** (*delatio criminis* postulatória). No requerimento a vítima ou quem tenha qualidade para defendê-la deverá requerer à autoridade policial a

instauração do inquérito. Já a representação é a autorização (condição de procedibilidade da ação penal e não mero requerimento) dada pela vítima, nos casos de ação pública condicionada, para que seja instaurado o inquérito policial. De acordo com o art. 19 do CPP, uma vez concluído, o inquérito policial será encaminhado ao juiz competente e ficará aguardando a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal. Apenas para reforçar, quando o crime praticado for de ação penal pública condicionada à representação do ofendido (ou de seu representante legal), sem esta a autoridade policial não poderá instaurar o inquérito policial. No caso de o crime ser de ação penal privada, sem o requerimento (escrito ou verbal, mas, neste último caso, desde que reduzido a termo) do ofendido (ou de quem tenha qualidade para representá-lo), inviável a instauração de inquérito policial pelo delegado de polícia.

4. *Pelo auto de prisão em flagrante*: com a prisão de uma pessoa em flagrante delito (art. 302 do CPP), surge para o Estado a obrigação de reprimir e prevenir a prática dessa conduta, cujo procedimento será iniciado pela lavratura do respectivo auto, exceto no caso de se tratar de infração de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais, que dispensam a utilização do inquérito policial.

Síntese das formas de instauração do inquérito policial:

a) ***Nos crimes de ação penal pública incondicionada*:** o inquérito poderá ser instaurado de ofício (mediante portaria – art. 5.º, I, do CPP) ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (art. 5.º, II, 2.ª parte, do CPP), bastando que a autoridade policial tome conhecimento da *notitia criminis*, havendo ou não aquiescência da vítima ou de seu representante legal.

b) ***Nos crimes de ação penal pública condicionada*:** exigirá a representação (manifestação de vontade da vítima no sentido de ver o autor da infração penal processado) do ofendido ou de seu representante legal, sem a qual o delegado de polícia estará impedido de iniciá-lo. O prazo para o oferecimento de representação é de seis meses (em regra), a contar da data do conhecimento da autoria delitiva (art. 38 do CPP), sob pena de decadência do exercício deste direito, com a consequente extinção da punibilidade em favor do agente delitivo. Quando se tratar de crime que exija a requisição do Ministro da Justiça (ex.: crimes contra a honra do Presidente da República, ou em caso de extraterritorialidade da lei penal – art. 7.º do CP), também não poderá o delegado de polícia instaurar inquérito policial enquanto não houver a requisição de referida autoridade.

c) ***Nos crimes de ação penal privada*:** a autoridade instaurará o inquérito policial apenas se a vítima ou seu representante o requerer dentro do prazo decadencial de seis meses a contar do dia em que se tomou conhecimento da autoria da infração penal.

2.4 PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES A SEREM TOMADAS PELA AUTORIDADE POLICIAL

Segundo o art. 6.º do CPP, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

> I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
>
> II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, depois de liberados pelos peritos criminais;
>
> III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
>
> IV – ouvir o ofendido;
>
> V – ouvir o indiciado (com observância, no que for aplicável, do disposto nos arts. 185 a 196 do CPP), devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura (interrogatório extrajudicial, conduzido pela autoridade policial);
>
> VI – proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas e as acareações, se devidas;
>
> VII – determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias;
>
> VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico ou pela identificação civil, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
>
> IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

A autoridade policial poderá ainda proceder à reprodução simulada dos fatos (ou reconstituição dos fatos, amplamente conhecida como *reconstituição do crime*), desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública (art. 7.º do CPP). Esse conjunto de providências a serem tomadas pela autoridade policial é de caráter discricionário, ou seja, tem ela a faculdade de operar ou deixar de operar dentro, porém, de um campo cujos limites são fixados estritamente pelo direito. O ato de polícia, portanto, é *autoexecutável, presume-se legítimo* e é dotado de *coercibilidade*.

2.5 PRAZOS DE CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

Segundo o art. 10 do CPP, o inquérito policial deverá terminar no prazo de *10 dias*, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se

executar a ordem de prisão; ou no prazo de *30 dias*, quando estiver solto mediante fiança ou sem ela, podendo ser prorrogado quando o fato for de difícil elucidação. Tais prazos são a regra em processo penal. Em resumo:

→ Indiciado preso = 10 dias
→ Indiciado solto = 30 dias (prorrogáveis)

Contudo, existem leis especiais nas quais o prazo para a conclusão do inquérito é diferente.

De acordo com o art. 66 da Lei 5.010/1966, no **âmbito da Polícia Federal e da Justiça Federal**, o prazo para a conclusão do inquérito, quando o indiciado estiver preso, será de **15 dias**, podendo ser prorrogado por mais 15 dias. Se o indiciado estiver solto, o prazo será de **30 dias**, prorrogável por mais 30 dias.

Para os crimes envolvendo drogas, atualmente previstos na Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas), o prazo de conclusão do inquérito policial é de **30 dias**, se o indiciado estiver preso, e de **90 dias** se o indiciado estiver solto, podendo o juiz, em quaisquer das hipóteses, duplicar esse prazo, ouvido o Ministério Público, desde que a autoridade policial faça o pedido e o justifique. No tocante ao porte de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei acima referida), não será instaurado inquérito policial, mas mero termo circunstanciado de ocorrência, de acordo com o disposto na Lei 9.099/1995.

Em suma: em se tratando de crime previsto na lei de drogas (exceto aqueles considerados de menor potencial ofensivo – ex.: porte de drogas para consumo pessoal), o inquérito policial poderá ser concluído entre 60 (para indiciado preso) e 180 dias (para indiciado solto), em razão da norma que permite a duplicação dos prazos.

Nos crimes contra a economia popular (Lei 1.521/1951), o prazo para conclusão do inquérito é de 10 dias, estando preso ou solto o indiciado.

Quanto aos prazos processuais, vale frisar que sua contagem é feita desprezando-se o dia inicial e incluindo-se o final (art. 798, § 1.º, do CPP).

2.6 CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

Concluídas as investigações, a autoridade policial deverá fazer um minucioso relatório do que tiver apurado no inquérito policial, sem emitir opiniões pessoais.

Uma vez concluído o inquérito policial, a autoridade policial deverá remetê-lo ao Poder Judiciário e este, por sua vez, ao Ministério Público, que poderá tomar as seguintes providências:

1. Pedir ao juiz a **devolução do inquérito** à autoridade policial para que sejam realizadas novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16 do CPP).

2. Pedir ao juiz que seja decretada a **extinção da punibilidade** caso o delito apurado no inquérito policial envolva quaisquer das circunstâncias previstas no art. 107 do Código Penal (por exemplo, prescrição) ou em outras leis especiais, mas que, de qualquer modo, conduzam à falência do *jus puniendi* estatal.

3. Pedir ao juiz seu **arquivamento** caso o inquérito policial não contenha provas suficientes para a propositura da ação penal ou o fato seja atípico. Ao apreciar o pedido de arquivamento o juiz poderá:

a) concordar com o pedido (dessa decisão, não cabe recurso);
b) não concordar, caso em que remeterá os autos do inquérito ao Procurador-Geral de Justiça, que poderá (art. 28 do CPP), por sua vez:
   b.1) requisitar novas diligências;
   b.2) oferecer denúncia;
   b.3) designar outro promotor para oferecer denúncia;
   b.4) insistir no arquivamento – estando o juiz obrigado a acolher esse pedido.

4. Se o inquérito policial estiver formalmente perfeito, o representante do Ministério Público **oferecerá a denúncia**.

2.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a autoridade policial instaurar o inquérito, deve haver *justa causa* (fato típico e não estar extinta a punibilidade), porém o desconhecimento da autoria ou a possibilidade de o sujeito ter agido sob a proteção de alguma excludente de ilicitude não impede sua instauração.

O ofendido, ou o seu representante legal, e o indiciado poderão requerer quaisquer diligências, que serão realizadas, ou não, a juízo da autoridade. Se o indiciado for menor, o art. 15 do CPP determina a nomeação de curador pela autoridade policial. Entretanto, pelo fato de o Código Civil de 2002 ter reduzido

a maioridade civil para 18 anos, tende a prevalecer o entendimento no sentido de terem sido revogados todos os dispositivos do Código de Processo Penal que contiverem a expressão “menor”. O art. 15 do CPP, portanto, foi revogado pelo Código Civil de 2002. No entanto, quando o dispositivo do Código de Processo Penal mencionar expressamente a idade (exemplo: menor de 21 anos, arts. 52 e 54 do CPP), deve ser afastada a incidência do Código Civil em virtude do disposto no seu art. 2.043.

De acordo com o art. 17 do CPP, a autoridade policial não poderá determinar o arquivamento dos autos de inquérito, visto que só a autoridade judiciária pode fazê-lo (*princípio da indisponibilidade*). Uma vez ordenado o arquivamento pelo juiz, por falta de fundamentos para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas (substancialmente novas) tiver notícia, conforme dispõe o art. 18 do CPP (Súmula 524 do STF).

De acordo com o art. 11 do CPP, os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova acompanharão os autos do inquérito. O inquérito policial também acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra (art. 12 do CPP).

Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado (art. 19 do CPP).

Não constitui constrangimento ilegal, vale salientar, o oferecimento de denúncia com base em inquérito policial desarquivado em virtude do surgimento de novas provas.

Quando se tratar de crime acobertado (em tese) por uma excludente de ilicitude, de qualquer forma o inquérito policial deve ser instaurado, pois essa questão só pode ser apreciada em juízo. O delegado de polícia deve realizar apenas e tão somente, para a instauração de inquérito, um juízo de tipicidade penal (fato aparentemente criminoso). Caso contrário, haveria julgamento antecipado do indiciado ou investigado.

A incomunicabilidade do indiciado, prevista pelo art. 21 do CPP, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, aplicável somente nas excepcionalíssimas hipóteses de estado de sítio (art. 139 da CF). Porém, autores de nomeada como Damásio E. de Jesus, sustentam sua validade, mesmo após a Constituição Federal/1988 (*Código de Processo Penal anotado*, São Paulo: Saraiva, p. 24), embora tal posicionamento seja minoritário.

2.8 QUESTÕES

1. (OAB/Nacional 2008.III) Com base no CPP, assinale a opção correta acerca do inquérito policial.

a) O MP, caso entenda serem necessárias novas diligências, por considerá-las imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial.

b) Se o órgão do MP, em vez de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial, o juiz determinará a remessa de oficio ao tribunal de justiça para que seja designado outro órgão de MP para oferecê-la.

c) A autoridade policial, caso entenda não estarem presentes indícios de autoria de determinado crime, poderá mandar arquivar autos de inquérito.

d) Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial não poderá proceder a novas pesquisas, ainda que tome conhecimento de outras provas.

2. (OAB/Nacional 2009.I) Em relação ao inquérito policial, assinale a opção incorreta.

a) Nas hipóteses de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, a autoridade policial deverá instaurar, de ofício, o inquérito, sem que seja necessária a provocação ou a representação.

b) A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito, uma vez que tal arquivamento é de competência da autoridade judicial.

c) Caso as informações obtidas por outros meios sejam suficientes para sustentar a inicial acusatória, o inquérito policial torna-se dispensável.

d) O MP não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para que sejam realizadas novas diligências, dado que imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

3. (VIII Exame de Ordem Unificado – FGV) Um Delegado de Polícia determina a instauração de inquérito policial para apurar a prática do crime de receptação, supostamente praticado por José. Com relação ao Inquérito Policial, assinale a afirmativa que não constitui sua característica.

a) Escrito.

b) Inquisitório.

c) Indispensável.

d) Formal.

4. (OAB/Nacional 2008.I) O inquérito é um procedimento investigativo que pode ser realizado pela polícia judiciária ou por outras autoridades. Nesse contexto, assinale a opção correta acerca dos inquéritos.

a) As comissões parlamentares de inquérito têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões encaminhadas à respectiva mesa do Senado ou da Câmara para promover a responsabilidade civil e criminal.

b) O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende a prisão em flagrante do agente e a realização do inquérito.

c) Quando, no curso das investigações, surgir indício da prática de infração penal por parte de membro da magistratura, após a conclusão do inquérito, a denúncia deve ser remetida ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento.

d) O inquérito judicial ocorre nos casos das infrações falimentares e deve ser presidido pelo juiz de direito da vara em que esteja tramitando o processo de falência.

5. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) Na cidade "A", o Delegado de Polícia instaurou inquérito policial para averiguar a possível ocorrência do delito de estelionato praticado por Márcio, tudo conforme minuciosamente narrado na requisição do Ministério Público Estadual. Ao final da apuração, o Delegado de Polícia enviou o inquérito devidamente relatado ao Promotor de Justiça. No entendimento do *Parquet*, a conduta praticada por Márcio, embora típica, estaria prescrita. Nessa situação, o Promotor deverá:

a) arquivar os autos.

b) oferecer denúncia.

c) determinar a baixa dos autos.

d) requerer o arquivamento.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



AÇÃO PENAL

3.1 AÇÃO PENAL

A ação penal é o direito público, subjetivo, autônomo e abstrato de pedir ao Estado-juiz a aplicação do Direito Penal Objetivo ao caso concreto.

3.2 PRINCÍPIOS GERAIS DA AÇÃO PENAL

São aqueles aplicáveis a qualquer forma de ação penal, seja pública ou privada. São considerados os princípios informadores do Direito Processual Penal. Para efeitos de Exame de Ordem, vejamos os principais:

a) ***Princípio do estado de inocência*** (art. 5.º, LVII, da CF) – também chamado de *princípio da presunção de inocência* ou de não culpabilidade, segundo o qual não se pode presumir a pessoa culpada até que ocorra o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. Dele emanam **três consequências**, a saber:

1.ª) o réu não pode ser condenado mediante suposições, ou seja, existindo dúvidas sobre a sua culpabilidade, ele deve ser absolvido;

2.ª) cabe ao titular da ação penal (Ministério Público, no caso de crimes de ação penal pública, ou o querelante, nos crimes de ação penal privada) provar a culpa do réu;

3.ª) a restrição da liberdade, antes de transitar em julgado a condenação criminal, só pode ser uma medida cautelar. Ressalte-se que, de acordo com o teor da Súmula 347 do STJ, "o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão".

b) ***Princípio do devido processo legal*** (*due process of law*) (art. 5.º, LIV, da CF) – por meio

do qual o réu somente sofrerá uma condenação após ser processado de acordo com as regras processuais previamente existentes. O Código de Processo Penal concretiza este princípio quando, no art. 261, estabelece que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor; e no art. 263, quando dispõe que se o acusado não tiver defensor, o juiz lhe nomeará um, ressalvando o direito do acusado de nomear outro ou de defender-se pessoalmente, caso tenha habilitação técnica, caso seja advogado. De tal princípio decorrem **duas regras** importantes:

1.ª) a da igualdade processual: na fase inquisitória (inquérito policial) não existe a igualdade, pois o suposto autor da infração penal é objeto da investigação; e

2.ª) a da liberdade processual.

c) ***Princípio da ampla defesa*** (art. 5.º, LV, da CF) – segundo o qual o acusado goza de direito de defesa sem restrições, assegurando-se a igualdade entre as partes.

d) ***Princípio do contraditório*** (art. 5.º, LV, da CF) – assegura às partes o direito de participação em todos os atos processuais, em igualdade de condições com a parte contrária. Assegura, ao acusado, o direito de defesa sem restrições. É por força desse princípio que não se admite a condenação fundamentada por provas produzidas, exclusivamente, em sede de inquérito policial, visto que aqui não vigora o contraditório.

e) ***Princípio da verdade real*** – tal princípio objetiva estabelecer que o direito de punir seja exercido contra aquele que realmente praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa. Segundo esse princípio, o juiz criminal deve fazer o possível para buscar a verdade real dos fatos, pois, diferentemente do processo civil, não se admite ficções e presunções processuais. Assim, o juiz deve dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte, bem como deve **determinar *ex officio* provas necessárias** à instrução do processo. É bem verdade, porém, que o magistrado não deve se sobrepor às partes, ou seja, seu poder instrutório deve ser supletivo. O aludido princípio encontra, entretanto, algumas **exceções:**

1.ª) a proibição de revisão criminal *pro societate* (ou seja, não se admite a revisão criminal a favor da sociedade quando, após a absolvição do réu por sentença transitada em julgado, descobrem-se novas provas que, se conhecidas anteriormente, ensejariam a sua condenação);

2.ª) a proibição constitucional do uso de prova ilícita (art. 5.º, LVI, da CF – atualmente mitigado pelo princípio da proporcionalidade, e até admitida quando em favor do réu);

3.ª) nos Juizados Especiais Criminais, em que a celebração da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo impede a instauração da ação penal, o juiz aplica a pena acordada (negociada) pelas partes;

4.ª) institutos referentes ao perdão do ofendido e à perempção que, uma vez reconhecidos, extinguem a punibilidade dos agentes, impedindo o julgamento do mérito da ação penal.

f) ***Princípio da publicidade*** – esse princípio está previsto no art. 5.º, LX, da CF, que recepcionou o art. 792 do CPP, segundo o qual as audiências, sessões e os atos processuais serão públicos, salvo se dessa publicidade puder resultar violação ao direito de intimidade das partes ou ao interesse social, casos em que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

g) ***Princípio da obrigatoriedade*** (*ou da legalidade*) – por este princípio, a **autoridade policial** é obrigada a instaurar o inquérito policial e o **Ministério Público** a promover a ação penal, quando da prática de crime que se apure mediante ação penal pública. Com o advento da

Lei 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito estadual, esse princípio acabou sendo **mitigado**, mormente em razão da existência de institutos despenalizadores nela previstos, a saber:

- ▶ transação penal;
- ▶ suspensão condicional do processo;
- ▶ composição civil dos danos;
- ▶ necessidade de representação em lesões corporais leves e culposas.

Assim, referidos institutos atenuaram a obrigatoriedade da instauração de inquérito policial (inexistente nas infrações de menor potencial ofensivo) e propositura de ação penal (ex.: mesmo que um crime seja de ação penal pública, é possível que o Ministério Público, com fundamento no art. 76 da Lei 9.099/1995, proponha a transação penal, que, se aceita pelo autor do fato, implicará a extinção de sua punibilidade).

h) ***Princípio da indisponibilidade do processo*** – decorre do princípio da oficialidade. Vigora tanto na fase do **inquérito policial**, pois instaurado o inquérito, esse não pode ser paralisado indefinidamente ou arquivado, quanto na **ação penal pública**, pois o ***Ministério Público não pode desistir da ação já proposta ou do recurso interposto***. No entanto, não haverá violação ao aludido princípio quando o Ministério Público, em alegações finais, pedir a absolvição do réu, o que não impede o juiz de condená-lo (o juiz não esta vinculado ao pedido do Ministério Público). Esse princípio também foi mitigado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995). Por outro lado, é importante observar que na **ação penal privada**, em que o querelante tem a prerrogativa de desistir do prosseguimento da ação por meio do perdão e da perempção, vigora o ***princípio da disponibilidade*** da ação penal privada.

i) ***Princípio da iniciativa das partes e do impulso oficial*** – esse princípio preceitua que tanto o juiz quanto a autoridade policial não podem dar início à ação penal. A promoção da ação penal, se for pública, cabe privativamente ao Ministério Público; se for de natureza privada a titularidade é do ofendido ou seu representante legal. É de se ressaltar, porém, que se a ação penal não foi promovida pelo Ministério Público no prazo legal, é possível que a vítima (ou seu representante legal) dê início à chamada *ação penal privada subsidiária da pública*. Em outras palavras: mesmo que o crime seja de ação penal pública, o próprio ofendido poderá intentá-la, desde que haja inércia de referido órgão.

j) ***Intranscendência*** – segundo esse princípio, os efeitos da ação não podem passar da pessoa do criminoso (art. 5.º, XLV, da CF). Como decorrência, as penas (privativa de liberdade, restritiva de direitos e pecuniárias – como a pena de multa) não podem ser aplicadas aos herdeiros do condenado na falta deste.

Proposta a ação penal por iniciativa das partes, passa-se a desenvolver o processo, de um ato processual a outro, segundo a ordem do procedimento, até que a instância se finde. A fim de se assegurar esta continuidade (passagem de um ato processual para outro), é necessário o que se denomina impulso processual ou ativação da causa. Assim, embora a iniciativa na produção das provas pertença às partes, incumbe ao juiz, segundo o art. 251 do CPP, prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos.

3.3 CONDIÇÕES E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO PENAL

Da mesma forma que ocorre com o Direito Processual Civil, a relação jurídica em Direito Processual Penal está sujeita a determinadas condições e pressupostos processuais.

As ***condições da ação penal*** podem ser gerais e específicas.

1. ***condições gerais*** são aquelas que se referem:

   a) à ***legitimação para agir*****:** só o Estado, representado pelo Ministério Público, tem *legitimatio ad causam*. Excepcionalmente o ofendido poderá dar início à ação penal nos casos em que a lei permitir, agindo, assim, como substituto processual (legitimação extraordinária);

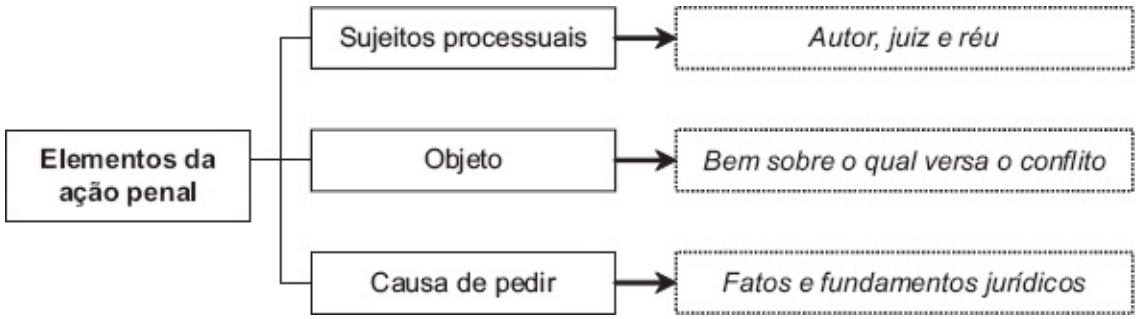
   b) ao ***interesse de agir*****:** o Estado só pode propor a ação penal quando houver indícios de autoria e de materialidade e desde que a punibilidade do agente ainda não tenha sido extinta (exige-se, portanto, pedido idôneo);

   c) à ***possibilidade jurídica do pedido*****:** para que a pretensão a ser satisfeita se torne viável, é necessária a existência de tipicidade, ou seja, que o fato narrado efetivamente constitua uma infração penal; e

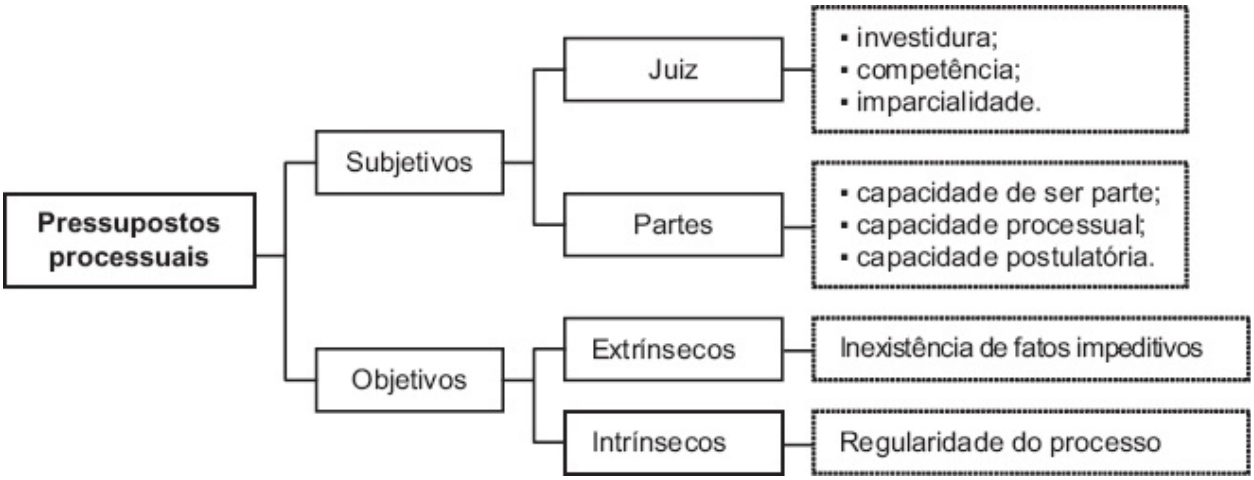
   d) à ***justa causa*****:** referida condição já era exigida pela doutrina e jurisprudência como necessária ao desenvolvimento da ação penal. Com as recentes alterações do CPP, o novo art. 395, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.719/2008, passou a prever expressamente que a denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para o exercício da ação penal (inciso III). Pode-se definir a "nova" condição da ação como aquele mínimo de elementos de convicção necessários para que o juiz se sinta confortável para receber a denúncia ou queixa, sendo de rigor que se possa verificar a existência de indícios de autoria e materialidade delitivas.

2. ***condições específicas*** (também chamadas de *condições de procedibilidade*): são aquelas que subordinam o exercício da ação penal a um determinado requisito como, por exemplo, a representação do ofendido em determinados crimes.

A ação penal, assim como a ação civil (disciplinada pelo Código de Processo Civil), também é composta de elementos que a identificam, sendo eles:



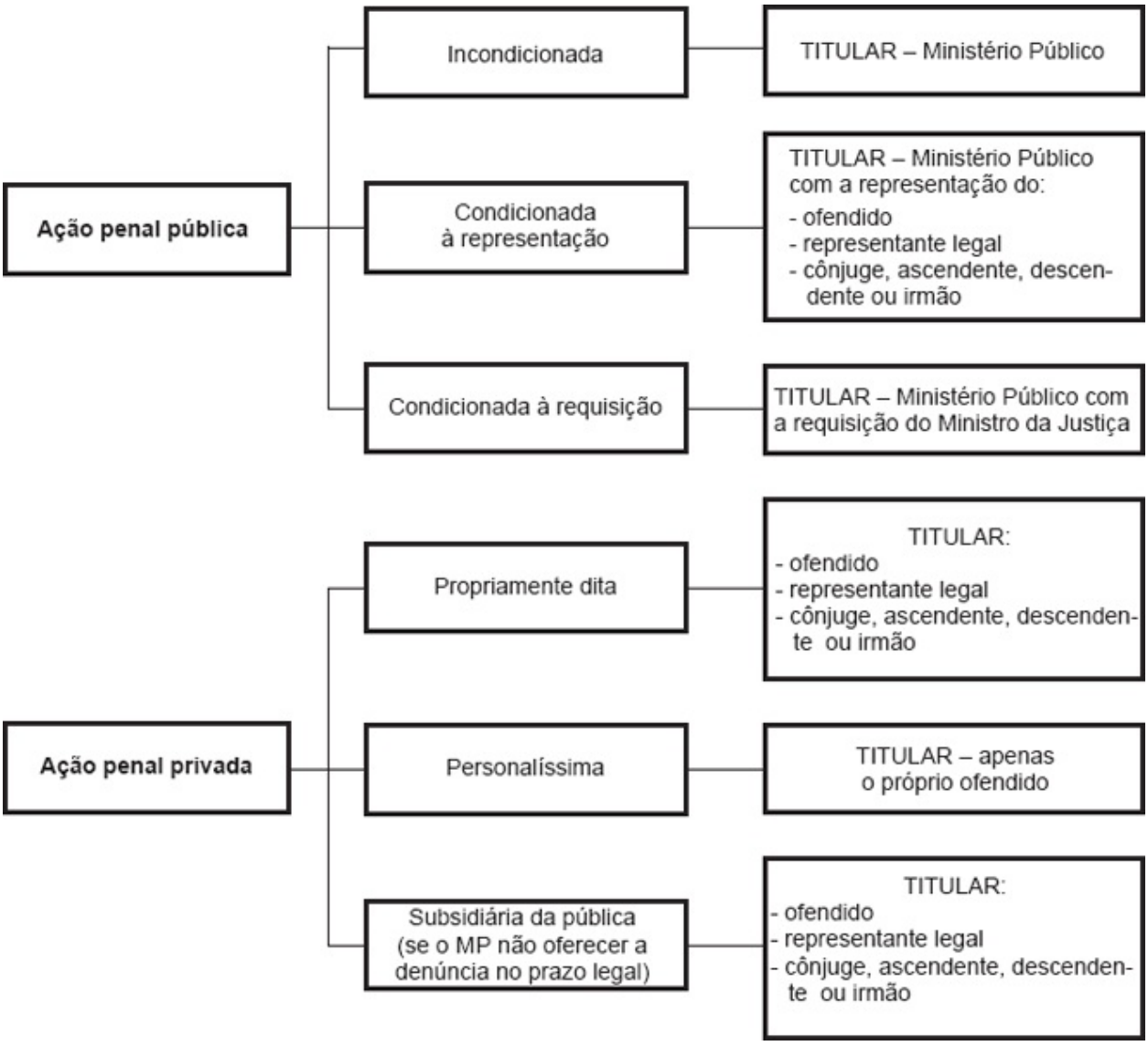
É importante relembrar que os pressupostos processuais são divididos em subjetivos e objetivos.



3.4 CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL

A classificação da ação penal é feita pelo critério da titularidade da ação. De um lado temos o Estado como titular da ação penal pública (Ministério Público), de outro temos o particular, titular da ação penal privada (ofendido).

Assim, de acordo com a legitimidade (titularidade do direito de agir), a ação penal pode ser:



3.5 AÇÃO PENAL PÚBLICA

Na ação penal pública o titular do direito de promovê-la é o Ministério Público (art. 129, I, da CF). A regra é a ação penal ser pública incondicionada (isto é, não estar sujeita a nenhuma condição de procedibilidade). A *exceção* ocorre quando a lei expressamente exige uma manifestação de vontade da vítima ou requisição do Ministro da Justiça (ação penal pública condicionada) ou quando a declara privativa do ofendido ou seu representante legal (ação penal privada).

Assim, o meio prático para se saber se a ação é pública ou privada consiste na

verificação, em cada tipo penal ou nas disposições finais existentes ao fim de alguns capítulos, sobre a forma pela qual a ação é iniciada. Deste modo, se depois da definição do tipo penal estiver dito que somente se procederá mediante queixa a ação será privada (exemplo: art. 145 do CP). Se o tipo penal apontar a necessidade de representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, a ação penal será pública condicionada (exemplos: arts. 145, parágrafo único, 147, parágrafo único, e 151, parágrafo único, do CP). Na ausência de menção sobre a condição procedimental, a ação será sempre pública incondicionada.

3.5.1 Princípios específicos da ação penal pública

São princípios específicos da ação penal pública:

1. ***Obrigatoriedade*** – Havendo indícios de autoria e materialidade de um crime, o representante do Ministério Público deverá obrigatoriamente oferecer denúncia, sob pena de sofrer punição disciplinar dentro da instituição. Haverá exceção a esse princípio quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995), pois o promotor de justiça, em vez de oferecer a denúncia, pode, aliás deve, propor a transação penal. Assim, para os Juizados Especiais Criminais, vigora o princípio da obrigatoriedade mitigada (ou discricionariedade regrada).
2. ***Indisponibilidade*** – segundo esse princípio o representante do *Ministério Público não pode desistir da ação após o oferecimento da denúncia*. Esse princípio também foi atenuado pela Lei 9.099/1995, em seu art. 89, ao prever a suspensão condicional do processo. Pode o representante do Ministério Público, após oferecer a denúncia, propor a suspensão do processo, desde que o acusado se submeta a determinadas regras de conduta e repare o dano (se cabível), extinguindo-se, ao final do período de prova, a punibilidade.
3. ***Oficialidade*** – a instituição oficial para a propositura da ação penal pública é o Ministério Público, que pertence ao Estado (art. 129, I, da CF).

3.5.2 Ação penal pública incondicionada e condicionada

Como já foi dito, a ação penal pública, que é aquela promovida pelo Poder Público (Ministério Público), pode ser condicionada ou incondicionada, conforme esteja ou não subordinada ao preenchimento de uma condição de procedibilidade para a sua instauração. Assim, a ação penal pública condicionada é aquela que depende de representação do ofendido (chamada de *delatio criminis* postulatória) ou de requisição por parte do Ministro da Justiça como condição para a sua instauração. Já a ação penal pública incondicionada independe de outra iniciativa que não a do próprio Ministério Público.

Segundo o art. 24 do CPP, nos crimes de ação penal pública, essa será

promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

A **representação** é a prévia manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, no sentido de autorizar o início das investigações policiais e da própria ação penal. Tal condição se justifica na existência de algumas situações em que o direito do ofendido é atingido de tal forma que o interesse particular na preservação da sua intimidade se sobrepõe ao interesse público da apuração criminal. Nestes casos, cabe ao particular analisar se a exposição de uma apuração policial e judicial da infração penal lhe é conveniente ou não. Sem a representação, é importante lembrar que a autoridade policial sequer poderá instaurar o inquérito policial.

A representação ***só pode ser retratada até o oferecimento da denúncia***. Após o início da ação penal a manifestação de vontade da vítima torna-se irrelevante (art. 25 do CPP). Nem mesmo o Ministério Público poderá desistir da ação penal. Em se tratando de ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata a Lei 11.340/2006 (Lei de Violência doméstica, também conhecida como "Lei Maria da Penha"), a retratação à representação só será admitida perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público (art. 16). Embora a lei seja silente, à audiência referida deverá o autor da infração penal ser intimado a comparecer, inclusive acompanhado de advogado (constituído ou nomeado pelo juiz), a fim de que se garanta o respeito à ampla defesa. Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça, mais recentemente, passou a perfilhar do entendimento de que o delito de lesões corporais leves praticados com violência doméstica é de ***ação penal pública condicionada à representação***, a despeito do que vem disposto no art. 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que, em suma, veda a aplicação da Lei 9.099/1995 aos delitos praticados em detrimento da mulher, vítima de violência doméstica.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.424 decidiu:

> "o Plenário, por maioria, julgou procedente ação direta, proposta pelo Procurador-Geral da República, para atribuir interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I; 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006, e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher. Preliminarmente, afastou-se alegação do Senado da República segundo a qual a ação direta seria imprópria, visto que a Constituição não versaria a natureza da ação penal – se pública incondicionada ou pública subordinada à representação da vítima. Haveria,

> conforme sustentado, violência reflexa, uma vez que a disciplina do tema estaria em normas infraconstitucionais. O Colegiado explicitou que a Constituição seria dotada de princípios implícitos e explícitos, e que caberia à Suprema Corte definir se a previsão normativa a submeter crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, em ambiente doméstico, ensejaria tratamento igualitário, consideradas as lesões provocadas em geral, bem como a necessidade de representação. Salientou-se a evocação do princípio explícito da dignidade humana, bem como do art. 226, § 8.º, da CF. Frisou-se a grande repercussão do questionamento, no sentido de definir se haveria mecanismos capazes de inibir e coibir a violência no âmbito das relações familiares, no que a atuação estatal submeter-se-ia à vontade da vítima". (ADI 4.424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 09.02.2012, *Informativo* 654)

Nos crimes cuja apuração depende desta autorização, **em regra a lei fará expressa menção** à necessidade deste requisito, por meio da expressão **"somente se procede mediante representação"**, conferindo ao ofendido, dessa forma, a titularidade do direito de representação. **A título de exceção**,é oportuno que o candidato conheça o teor do art. 88 da Lei 9.099/1995 (JECrim): "Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos **crimes de lesões corporais leves** e **lesões culposas"**.

Quanto ao crime contra a honra de funcionário público, é importante conhecer o teor da Súmula 714 do STF: "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". Assim, de acordo com a súmula referida, embora originariamente crime contra a honra de funcionário público, no exercício das funções, seja de ação penal pública condicionada à representação, admite-se que a vítima promova a ação penal por sua iniciativa.

O direito de representação poderá ser exercido pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral (a ser reduzida a termo), que poderá ser dirigida ao juiz, ao órgão do Ministério Público ou à autoridade policial.

A representação conterá todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria e uma vez oferecida a autoridade policial procederá ao inquérito ou, não sendo competente, remetê-lo-á à autoridade que o for.

O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito se com a representação forem oferecidos *elementos que o habilitem a promover a ação penal*.

Quanto à **legitimidade do direito de representação**, o Código de Processo Penal dispõe: se o ofendido tiver menos de 18 anos de idade ou for portador de

deficiência mental, por lhe faltar capacidade jurídica, o titular do direito de representação será, exclusivamente, seu representante legal. Entretanto, quando o ofendido for maior de 18 anos, capaz mentalmente, em face do Código Civil de 2002 poderá decidir pela conveniência de oferecer representação ou não, agora não mais concorrendo com seu representante legal, visto que o novo Código Civil prejudicou a regra incorporada ao art. 34 do CPP (aplicação extensiva), na parte que permitia legitimidade concorrente ao representante legal ao ofendido maior de 18 e menor de 21 anos de idade (nesse sentido, Norberto Cláudio Pâncaro Avena, *Processo penal*, Série Concursos Públicos, São Paulo: Método, 2005, p. 53). Em suma, com o novo Código Civil, o maior de 18 anos capaz mentalmente não tem representante legal.

O **prazo para a representação** pelo ofendido, de natureza decadencial (portanto, prazo de natureza penal), é, em regra, de seis meses ***contados a partir da data do conhecimento da autoria do crime*** e a sua inobservância acarreta a extinção da punibilidade do agente (art. 107, IV, do CP).

Tendo natureza jurídica de instituto de direito material, o **prazo para ser exercido o direito de representação inclui o dia do começo e exclui o do vencimento** (regra do art. 10 do CP).

Nos casos em que o ofendido for menor de 18 anos de idade ou portador de doença mental, entende-se, majoritariamente, que o prazo decadencial não começa a fluir para a vítima até que cesse a sua incapacidade. É que, de acordo com a Súmula 594 do STF, o direito de representação pode ser exercido independentemente pelo ofendido e por seu representante legal tratando-se, dessa forma, de direitos distintos, com prazos decadenciais distintos.

No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação (e o direito de queixa) passará ao **c**ônjuge, **a**scendente, **d**escendente ou **i**rmão (para facilitar, tente-se lembrar da sigla CADI). Comparecendo mais de uma das pessoas arroladas no dispositivo legal, o direito de representação será exercido pelo parente mais próximo, na ordem estabelecida pelo art. 24, § 1.º, do CPP.

Vale ressaltar que as mesmas regras da ação penal pública condicionada, no tocante a titularidade e prazos, são aplicáveis ao direito de queixa nos crimes de ação penal privada.

Por outro lado, alguns crimes, quando praticados, possuem sua apuração vinculada à conveniência política que se sobrepõe ao interesse público do Estado de investigar e punir o fato criminoso e o seu autor. Subordina-se, então, a

persecução penal, nestas hipóteses, à **requisição do Ministro da Justiça**, ato esse que não se subordina a nenhum prazo para o seu oferecimento, pois o Código de Processo Penal não fixou tal condição, como o fez com a representação do ofendido. Em contrapartida, não se admite também a retratação da requisição do Ministro da Justiça, também por falta de amparo legal.

Igualmente à representação do ofendido, o oferecimento da requisição pelo Ministro da Justiça não vincula o órgão do Ministério Público a oferecer obrigatoriamente a denúncia. O destinatário da requisição é o Ministério Público. Importante não confundir essa requisição, enquanto condição de procedibilidade para o início da ação penal, com a requisição para a instauração de inquérito policial (aqui com a natureza de ordem, e não como condição para a persecução penal extrajudicial).

São crimes que dependem da requisição do Ministro da Justiça para apuração policial e judicial:

- crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil;
- crimes contra a honra cometidos contra chefes de governo estrangeiro e contra o Presidente da República;
- crimes contra a honra cometidos contra chefes de governo estrangeiro ou seus representantes diplomáticos;
- crimes contra a honra cometidos contra ministros do Supremo Tribunal Federal, ministros de Estado, presidente da República, presidente do Senado e da Câmara dos Deputados.

Finalmente, seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado, Distrito Federal e Município, a ação penal será pública incondicionada.

3.5.3 Prazos da ação penal pública

Como regra geral, o prazo para oferecimento da denúncia, estando o *réu preso*, será de **5 dias**, contados da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial; e de **15 dias**, se o *réu estiver solto ou afiançado* (o termo "réu", utilizado na redação do art. 46 do CPP não é tecnicamente correto, pois nesta fase a ação penal ainda não foi proposta, existindo somente o inquérito policial). No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial para o procedimento de novas diligências, segundo o art. 16 do CPP, contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos. Se o crime for eleitoral, o prazo

para o oferecimento da denúncia será de 10 dias. Se a conduta afrontar a lei de abuso de autoridade, o prazo será de 48 horas (somente se não for o caso de tramitar junto aos Juizados Especiais Criminais).

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), excetuados os de competência dos Juizados Especiais Criminais, a denúncia deverá ser oferecida pelo Ministério Público em 10 dias, de acordo com o art. 54 do citado diploma legal.

Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação. O decurso do prazo legal sem oferecimento de denúncia pelo Ministério Público acarretará, estando o agente preso, o relaxamento **de** sua prisão (por excesso de prazo), bem como o oferecimento de queixa subsidiária pelo ofendido ou seu representante legal (art. 5.º, LIX, da CF e art. 29 do CPP).

3.6 AÇÃO PENAL PRIVADA

Ação penal privada é aquela em que o interesse do ofendido se sobrepõe ao interesse público, tendo em vista que os delitos selecionados para serem apurados por esse tipo de ação atingem a esfera da intimidade da vítima (e essa possui o direito constitucional de preservá-la). Por isso, nesta modalidade de ação penal, a titularidade do direito de agir pertence à vítima (exclusivamente ou aos sucessores previstos no art. 24, § 1.º, do CPP – cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos – CADI) ou ao seu representante legal (pais, tutores e curadores).

Cabe ressaltar que o Estado permanece como exclusivo titular do *jus puniendi* (direito de punir), concedendo ao ofendido, ou ao seu representante legal, apenas o *jus persequendi in iudicio (ou seja, o direito de dar início à persecução penal*). Nesse caso, o Estado transferiu o direito de ação penal ao particular. Diz-se, então, que aqui o particular atua como um substituto processual (legitimação extraordinária), porque vai a juízo, em nome próprio, defender interesse do Estado (direito de punir).

Nos crimes de ação privada, o juiz, a requerimento da parte que comprovar a sua pobreza, nomeará advogado para promover a ação penal. Considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos

recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família (art. 32 do CPP). De acordo com o art. 4.º, § 1.º, da Lei 1.060/1950, que trata da assistência judiciária aos necessitados, presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos da lei, independentemente de qualquer documento comprobatório (a falsidade da declaração de pobreza condenará o sujeito ao pagamento do décuplo das custas judiciais).

Os crimes no Código Penal que se procedem mediante **queixa-crime** são:

- calúnia (art. 138);
- difamação (art. 139);
- injúria (art. 140, exceto § 3.º);
- alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório, quando não houver violência e a propriedade for privada (art. 161, § 1.º, I e II, e § 3.º);
- dano (art. 163, c/c o art. 167);
- introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164, c/c o art. 167);
- fraude à execução (art. 179);
- violação de direito autoral na forma simples (art. 184, *caput*);
- exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, parágrafo único).

Os crimes de ação penal privada somente se procedem mediante queixa (petição inicial), que aqui é equivalente à denúncia na ação penal pública. Importante que não se confunda a queixa (peça processual que instaura a ação penal privada) com a vulgar expressão "dar queixa", aludindo à *notitia criminis* formulada à autoridade policial.

3.6.1 Princípios específicos da ação penal privada

São princípios específicos da ação penal privada:

1. ***Oportunidade*** – segundo o qual o ofendido tem ampla liberdade para decidir se vai ou não processar o agente do crime, ainda que existam provas suficientes de autoria e de materialidade da infração penal. Contrapõe-se ao princípio da obrigatoriedade que rege a ação penal pública.
2. ***Disponibilidade*** – segundo esse princípio, o querelante pode desistir da propositura ou do prosseguimento da ação penal privada até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Esse princípio manifesta-se por meio dos seguintes institutos: renúncia ao direito de queixa (arts. 49 e 50 do CPP), perdão do ofendido (arts. 51 a 59 do CPP), perempção (art. 60, I e III, do CPP) e pelo escoamento *in albis* do prazo para a representação (art. 38 do CPP – decadência). No âmbito dos Juizados Especiais Criminais

(Lei 9.099/1995), se a vítima de um crime de ação penal privada de menor potencial ofensivo realiza acordo civil para a reparação dos dados que eventualmente tenha sofrido, tal aceitação implicará renúncia tácita ao direito de queixa (art. 74 da lei citada), o que não ocorreria se não se tratasse de infração de menor potencial ofensivo (art. 104, parágrafo único, do CP).

3. ***Indivisibilidade*** – este princípio está previsto no art. 48 do CPP, e, segundo ele, o ofendido, uma vez decidindo pela propositura da ação, não pode escolher dentre os autores do fato criminoso qual deles irá processar. Ou processa todos ou não processa nenhum. Deixando intencionalmente de processar algum deles, tal ato importará a renúncia do direito de queixa. Sendo a renúncia uma das causas extintivas da punibilidade, nos termos do art. 49 do CPP, uma vez ocorrida em relação a um dos autores, a todos se estenderá, devendo o juiz rejeitar a queixa-crime e declarar a extinção da punibilidade dos autores.

3.6.2 Legitimidade para a ação privada

Os legitimados ativos para a propositura de ação penal privada (aqui vale o que foi dito quanto à legitimidade para a representação) são:

1) o ofendido maior de 18 anos;
2) se o ofendido for menor de 18 anos ou mentalmente incapaz, o direito de queixa só poderá ser exercido pelo representante legal ou pelo curador especial, a nomeação de curador será necessária quando o menor não possuir representante legal ou quando houver colidência de interesses deste e daquele (art. 33 do CPP).

3.6.3 Prazo da ação penal privada

Como já vimos, ao tratar do prazo para representação, o ofendido ou seu representante legal deverão exercer o direito de queixa ou de representação dentro do prazo de ***6 meses***, contados a partir do ***dia em que vierem a saber quem foi o autor do crime***, de acordo com o art. 38 do CPP, sob pena de decadência.

Em algumas hipóteses, o aludido prazo é diferenciado em razão da natureza do crime, a saber:

a) 6 meses contados a partir do trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule casamento, no caso de crime de induzimento a erro essencial (art. 236, parágrafo único, do CP);
b) 30 dias contados da homologação do laudo pericial, nos crimes de ação privada contra a propriedade imaterial que deixar vestígios (art. 529 do CPP).

Os ***prazos previstos aqui são decadenciais***, e, conforme a regra do art. 10 do

CP, a sua contagem inclui o dia do começo e exclui o término. Vale ressaltar que o prazo não se prorroga em face de domingo, feriado e férias. Observe que em matéria processual a contagem do prazo é feita de forma diversa excluindo-se o dia do começo e computando-se o do vencimento, conforme estabelece o art. 798, § 1.º, do CPP. Desrespeitado o prazo para oferecimento da queixa, caberá ao magistrado declarar a extinção da punibilidade em prol do agente, tendo em vista o disposto no art. 107, IV, do CP (a decadência é *causa extintiva da punibilidade*).

Tratando-se de ação penal privada subsidiária da pública, o prazo para o oferecimento da queixa também será de seis meses a contar do encerramento do prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia (em regra, a partir, portanto, do 6.º ou 16.º dia, conforme o agente esteja ou não preso). Escoado esse prazo sem o oferecimento da queixa (ou seja, seis meses, em regra), o Ministério Público reassume a integral e exclusiva titularidade da ação penal, podendo oferecer denúncia até que ocorra a prescrição do crime.

3.6.4 Espécies de ação penal privada

Conforme já mencionado, *a ação penal privada possui três espécies*: a ação exclusivamente privada, a ação privada personalíssima e a ação penal privada subsidiária da pública.

3.6.4.1 Ação penal exclusivamente privada

Dentre as espécies de ação penal privada, essa é a que possui maior incidência.

A ação penal exclusivamente privada pode, como já vimos, ser proposta: pelo ofendido, se maior de 18 anos e capaz mentalmente; por seu representante legal, se o ofendido for menor de 18 anos ou incapaz mentalmente; ou ainda, no caso de morte do ofendido ou declaração de ausência, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (lembre-se da sigla CADI).

A pessoa do convivente não está prevista no art. 31 do CPP. Entretanto, a Constituição Federal reconheceu a união estável e a assemelhou, em certas situações, ao casamento, sendo razoável, pelo emprego da analogia *in bonam partem*, aceitar o convivente no lugar do cônjuge, no rol do art. 31 do CPP.

3.6.4.2 Ação penal privada personalíssima

A titularidade para o oferecimento da queixa é atribuída única e exclusivamente ao **ofendido**. Daí o nome personalíssima, sendo vedada até mesmo ao seu representante legal ou aos sucessores, no caso de morte ou ausência da vítima (falecendo o ofendido, não há nada mais a fazer, senão esperar a extinção de punibilidade do agente).

O Código Penal prevê atualmente apenas um crime cuja ação é dessa natureza, o de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento (art. 236 do CP), visto que o crime de adultério (art. 240 do CP) foi revogado pela Lei 11.106/2005, operando-se, quanto a essa conduta, *abolitio criminis*.

3.6.4.3 Ação penal privada subsidiária da pública (arts. 5.º, LIX, da CF e 29 do CPP)

De acordo com o art. 29 do CPP, será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, 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. Na verdade, proposta a ação, o Ministério Público funcionará como espécie de assistente litisconsorcial (Norberto Cláudio Pâncaro Avena, op. cit., p. 67).

A ação penal privada subsidiária da pública, prevista como garantia fundamental no art. 5.º, LIX, da CF, é admitida em qualquer que seja o delito que se apura mediante **ação penal pública** (incondicionada ou condicionada, nesta após a apresentação da representação do ofendido) e na hipótese em que o Ministério Público não oferece a denúncia no prazo legal (art. 46 do CPP – 5 dias para réu preso e 15 dias para réu solto), sendo iniciada por meio de queixa a ser oferecida pelo ofendido ou seu representante legal. Tem por finalidade, portanto, suprir a inércia ou omissão do representante do Ministério Público.

A iniciativa é entregue ao particular, mas a ação **não perde a sua natureza pública**. Só se transfere a iniciativa pela inércia do Ministério Público. Se o ofendido (autor da ação penal subsidiária) abandonar a ação ou se mantiver inerte dentro do prazo de 6 meses, o Ministério Público, a qualquer momento, é obrigado a oferecer denúncia até que ocorra a prescrição do crime.

Pelo fato de essa ação continuar a ser de natureza pública, não se aplicam os institutos da renúncia, perdão do ofendido e perempção.

3.6.5 Extinção da punibilidade na ação penal privada

3.6.5.1 Considerações preliminares

As causas de extinção da punibilidade, previstas no art. 107 do CP e em algumas leis extravagantes, são aquelas que extinguem o direito de punir do Estado impedindo, desse modo, a aplicação da pena ao acusado. São passíveis de serem reconhecidas em qualquer fase do processo (art. 61 do CPP). Assim, podem atingir tanto a pretensão condenatória como a pretensão punitiva, caso sejam reconhecidas antes ou depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, respectivamente.

Algumas dessas causas repercutem somente na ação penal privada. São elas: ***Decadência, Renúncia do direito de queixa, Perempção*** e ***Perdão do ofendido*** (para efeito de memorização: DRPP).

As demais causas de extinção da punibilidade serão objeto de estudo mais aprofundado no livro de Direito Penal.

Finalmente, importa ressaltar que as causas acima referidas *não produzirão efeitos na ação penal privada subsidiária da pública*. Em outras palavras, se o querelante deixar fluir o prazo para promover a queixa subsidiária (decadência), ou renunciar ao direito de promovê-la (renúncia), abandonar a causa (perempção) ou mesmo perdoar o querelado (perdão do ofendido), não será declarada extinta a punibilidade. Tal decorre do fato de a inércia do querelante ensejar a retomada da ação, pelo Ministério Público, como parte principal, conforme disposto na parte final do art. 29 do CPP.

3.6.5.2 Decadência

A ***decadência significa a perda do direito de propor a ação penal privada em face da inércia do seu titular*** (o ofendido ou seu representante legal), que não a intenta dentro do prazo legal de seis meses (em regra), contados a partir do dia em que o ofendido descobriu a autoria do crime. Somente ocorre antes do início da ação penal privada, e seus efeitos se estendem a todos os autores do crime (princípio da indivisibilidade).

O aludido instituto pode se manifestar na ação penal privada, na ação penal pública condicionada à representação do ofendido e na ação penal privada subsidiária. Jamais se manifestará na ação penal pública incondicionada e na condicionada à requisição do Ministro da Justiça.

Ressalte-se que o prazo decadencial é fatal, vale dizer, não se prorroga, não suspende nem se interrompe. Na realidade, é "interrompido" apenas na data do oferecimento da queixa (e não na data do seu recebimento) e também com a entrega da representação em cartório. A instauração de inquérito policial, vale ressaltar, não interrompe o prazo decadencial.

Se a vítima for menor de 18 anos, o prazo não correrá até que ela complete a maioridade.

3.6.5.3 Renúncia ao direito de queixa

Renúncia é o ato pelo qual a vítima abre mão do direito de propor a ação penal privada.

A renúncia é causa de extinção da punibilidade por meio da qual o ***querelante manifesta expressa*** (pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais) ou ***tacitamente*** (pela prática de ato incompatível com a vontade de processar o agente do crime – a forma mais comum de renúncia tácita é a decadência) ***sua vontade de não intentar a ação penal***.

Como a decadência, a renúncia só pode ocorrer antes do início da ação penal, e seus efeitos se estendem a todos os autores do crime (princípio da indivisibilidade).

A renúncia é ato unilateral, pois não depende de aceitação da outra parte.

É importante observar que nos Juizados Especiais Criminais o recebimento da indenização pelo dano resultante de crime de menor potencial ofensivo, decorrente de acordo homologado pelo juiz, extingue a punibilidade do agente (art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/1995). Trata-se de uma ***exceção*** à regra estampada no art. 104, parágrafo único, do CP, pelo qual o ***recebimento da aludida indenização não caracteriza renúncia tácita***. Outra exceção provocada pelo recebimento da indenização pelo dano, nos JEC, verifica-se quanto à possibilidade da renúncia na ação penal pública condicionada a representação. *Assim, temos que: a reparação do dano não gera a renúncia, exceto no caso de crimes de menor potencial ofensivo, ação penal privada e ação penal pública condicionada*.

É importante ressaltar que em relação às ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida cujo objeto seja a violência doméstica, a renúncia à representação só será admitida se feita perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e

ouvido o Ministério Público.

Quando exercida pelo menor de 18 anos, a renúncia será apresentada pelo representante legal.

3.6.5.4 Perempção

Perempção é sanção aplicada ao querelante consistente na ***perda do direito de prosseguir na ação penal devido à sua inércia ou negligência***. Só é cabível na ação penal exclusivamente privada.

Conforme o art. 60 do CPP, nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

> I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;
>
> II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36 do CPP;
>
> III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;
>
> IV – quando, sendo o querelante pessoa jurídica, essa se extinguir sem deixar sucessor.

Caso ocorra a morte do querelante nos crimes de ação penal privada personalíssima a punibilidade do agente será extinta pela perempção. A perempção não se confunde com a preclusão, que é o impedimento de se praticar determinado ato processual. Impossível a perempção gerar seus efeitos (extinção da punibilidade) na ação penal privada subsidiária da pública. Isso porque a inércia do querelante acarretará a retomada do polo ativo pelo Ministério Público.

3.6.5.5 Perdão do ofendido

O perdão do ofendido é a ***manifestação da vontade do querelante em perdoar, desculpar*** o autor do fato criminoso, ***sendo cabível somente nas ações privadas***.

O *perdão deve ocorrer* ***durante*** *a ação penal até o trânsito em julgado da sentença*. ***Antes da propositura*** da ação o ofendido manifesta a sua vontade por meio da *renúncia do direito de queixa*. Posteriormente ao trânsito em julgado o

ofendido não poderá dispor da ação, pois não detém a titularidade da pretensão executória, esta exclusiva do Estado (não existe nenhuma hipótese de substituição processual em relação a essa pretensão). O perdão pode ser, ainda, expresso ou tácito (extraprocessual).

Sendo um **negócio jurídico bilateral**, o perdão só produz efeitos quando for aceito pelo autor do fato criminoso, pois ele poderá ter o interesse em demonstrar judicialmente a sua inocência.

O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar (art. 51 do CPP).

Cumpre salientar que o perdão só poderá ser aceito por procurador se este estiver munido de mandato outorgado com poderes especiais (art. 55).

A renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova (art. 57). Uma vez concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação (art. 58). Aceito o perdão, o juiz declarará extinta a punibilidade do agente (art. 58, parágrafo único). A aceitação do perdão fora do processo deverá constar de declaração assinada pelo querelado, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 59).

É importante observar que o perdão do ofendido não se confunde com a renúncia. O perdão é um ato bilateral que depende da aceitação, ainda que presumida, do ofensor e que pode ser realizado até o trânsito em julgado da sentença. A renúncia é ato unilateral que independe, portanto, da manifestação de vontade da outra parte.

3.7 DENÚNCIA E QUEIXA-CRIME

A denúncia ou a queixa-crime são as petições iniciais da ação penal, respectivamente, pública e privada. Diante dos elementos apresentados pelo inquérito policial ou pelas peças de informação que recebeu, o órgão do Ministério Público, verificando a prova da existência de fato que caracteriza crime em tese e indícios de autoria, forma a *opinio delicti* (opinião sobre o delito). Formada sua convicção promove a ação penal pública com o oferecimento da denúncia (art. 24 do CPP).

A denúncia, segundo Julio Fabbrini Mirabete, “é uma exposição, por escrito,

de fatos que constituem em tese um ilícito penal, ou seja, de fato subsumível em um tipo penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente o seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva" (op. cit., p. 125). A queixa "é a denominação dada pela lei à petição inicial da ação penal privada intentada pelo ofendido ou seu representante legal, tanto quando ela é principal ou exclusiva, quando é subsidiária da ação pública" (op. cit., p. 132).

3.7.1 Requisitos da denúncia ou queixa-crime

Os requisitos formais da denúncia ou da queixa são, de acordo com o art. 41 do CPP:

a) *a exposição (descrição) do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias* – o fundamento deste requisito é de que o réu irá defender-se dos fatos a ele imputados. A omissão de qualquer circunstância não invalidará a queixa ou a denúncia, podendo ser suprida até a sentença, conforme o art. 569 do CPP;

b) *a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo* – aqui o representante do Ministério Público ou o ofendido irá individualizar o acusado, ou seja, identificá-lo. Porém, será admitido que sejam fornecidos dados físicos, traços característicos ou outras informações, caso não seja possível obter a identidade do acusado. A correta qualificação do acusado poderá ser feita ou retificada a qualquer tempo, sem que isso retarde o andamento da ação penal (art. 259 do CPP);

c) *a classificação do crime* – a correta classificação jurídica do fato (capitulação legal) não é requisito essencial, pois não vinculará o juiz, que poderá dar ao fato definição jurídica diversa;

d) *rol de testemunhas* (quando houver) – O representante do Ministério Público (ou o querelante) deverá arrolar as testemunhas na denúncia (ou na queixa, em se tratando de crime de ação penal privada), sob pena de preclusão.

Além dos requisitos do art. 41 do CPP, há também a formalidade apontada no art. 44 do CPP, que servirá, apenas, para a queixa-crime. Trata-se da necessidade de ser juntada aos autos procuração minuciosa, inclusive com a menção do fato criminoso. Tal providência, exigida por lei, resguardará o advogado do querelante de eventual caracterização de crime contra a honra ou mesmo denunciação caluniosa contra o querelado, em caso de restar demonstrada a inverdade da imputação.

3.7.2 Rejeição da denúncia ou queixa-crime

O juiz sempre deve receber a denúncia ou a queixa, salvo se presente pelo menos uma das seguintes hipóteses do art. 395 do CPP, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.719/2008:

> I – for manifestamente inepta;
> II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
> III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Nos três casos acima mencionados, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará a propositura de nova ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição ou pressuposto processual faltantes.

De acordo com o art. 581, I, do CPP, da decisão que **rejeita** a denúncia ou a queixa cabe **recurso em sentido estrito** (não cabe nenhum recurso contra a decisão que as recebe, mas admite-se eventualmente a impetração de *habeas corpus*). Nos Juizados Especiais Criminais, o recurso cabível é o de apelação no prazo de 10 dias (art. 82 da Lei 9.099/1995).

3.7.3 Prazo para o aditamento da queixa e da denúncia

A queixa, em decorrência do princípio da indivisibilidade, pode ser aditada do mesmo modo que a denúncia pelo Ministério Público, desde que isso não implique o acréscimo de novo acusado no polo passivo da ação penal privada (afinal, se se perceber que o querelante excluiu eventual coautor ou partícipe propositalmente, a renúncia quanto a este se estenderá aos demais).

O prazo para o aditamento da queixa será de três dias, contados da data em que o Ministério Público receber os autos, e, se não se pronunciar dentro do prazo previsto, entender-se-á que o Ministério Público não tem o que aditar, prosseguindo-se o processo.

É importante frisar que na ação penal privada a queixa somente poderá ser aditada para acrescentar circunstâncias que possam influir na caracterização do crime, sua classificação ou fixação da pena. Contudo, se a ação é privada subsidiária, o Ministério Público poderá aditar a inicial, repudiá-la (caso não tenha vencido o prazo para o oferecimento da denúncia), oferecer denúncia substitutiva, retomar a ação como parte principal ou recorrer. Tais "prerrogativas" do órgão ministerial se devem ao fato de o crime praticado ser de ação penal pública.

A denúncia pode ser aditada para a retificação de dados, inclusão de ilícitos penais ou para a inclusão de novos acusados. Este aditamento pode ser feito a qualquer momento. Neste sentido dispõe o art. 569 do CPP, "as omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo tempo, antes da sentença final".

3.8 QUESTÕES

1. (OAB/SP 134.º) Configura hipótese de inépcia da denúncia

a) não indicação de testemunhas por parte da acusação.

b) utilização de alcunha do acusado no texto da exordial, mesmo constando o nome completo na qualificação.

c) exposição obscura de fato criminoso desprovida de todas as suas circunstâncias.

d) a errônea classificação do crime imputado na inicial acusatória.

2. (OAB 2011.3 – FGV) Tício está sendo investigado pela prática do delito de roubo simples, tipificado no artigo 157, *caput*, do Código Penal. Concluída a investigação, o Delegado Titular da 41ª Delegacia Policial envia os autos ao Ministério Público, a fim de que este tome as providências que entender cabíveis. O Parquet, após a análise dos autos, decide pelo arquivamento do feito, por faltas de provas de autoria. A vítima ingressou em juízo com uma ação penal privada subsidiária da pública, que foi rejeitada pelo juiz da causa, que, no caso acima, agiu

a) erroneamente, tendo em vista a Lei Processual admite a ação privada nos crimes de ação pública quando esta não for intentada.

b) corretamente, pois a vítima não tem legitimidade para ajuizar ação penal privada subsidiária da pública.

c) corretamente, já que a Lei Processual não admite a ação penal privada subsidiária da pública nos casos em que o Ministério Público não se mantém inerte.

d) erroneamente, já que a Lei Processual admite, implicitamente, a ação penal privada subsidiária da pública.

3. (OAB/SP 136.º) Assinale a opção correta acerca da ação penal.

a) Se, em qualquer fase do processo, o juiz reconhecer extinta a punibilidade, deverá aguardar o requerimento do MP, do querelante ou do réu, apontando a causa de extinção da punibilidade, para poder declará-la.

b) A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, não se estende aos demais agentes.

c) A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o MP velará pela sua indivisibilidade.

d) O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, inclusive ao querelado que o recusar.

4. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) Um professor na aula de Processo Penal esclarece a um aluno que o Ministério Público, após ingressar com a ação penal, não poderá desistir dela, conforme expressa previsão do art. 42 do CPP. O professor estava explicando ao aluno o princípio da

a) indivisibilidade.

b) obrigatoriedade.

c) indisponibilidade.

d) intranscendência.

5. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) João está sendo processado por um crime doloso contra a vida e, após o oferecimento das alegações finais, o magistrado impronuncia o réu. Assinale a alternativa que apresenta a situação em que seria possível processar João novamente pelo mesmo fato delituoso.

a) Desde que haja novas provas e não tenha ocorrido qualquer causa extintiva de punibilidade, pois a decisão de impronúncia não transita em julgado.

b) A justiça já se manifestou em relação ao processo de João, tendo a decisão do magistrado transitado em julgado.

c) Ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato (*non bis in idem*).

d) A sentença de impronúncia é uma decisão interlocutória mista não terminativa.

6. (OAB/Nacional 2007.I) Assinale a opção correta acerca do processo penal.

a) A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas não podem ser prorrogadas.

b) As férias forenses interrompem a contagem dos prazos recursais.

c) É competente a justiça federal para o processo e o julgamento de crime praticado dentro de reserva indígena, ainda que, na ocasião, não tenha havido disputa sobre direitos indígenas.

d) É inepta a denúncia que, contendo narração incongruente dos fatos, impossibilita o exercício pleno do direito de defesa.

7. (OAB/Nacional 2007.I) Com relação ao processo penal, assinale a opção incorreta.

a) O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório.

b) O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do *due process of law*.

c) São irrelevantes as alegações do poder público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do estado ou do país, pois razões de mera conveniência administrativa não têm precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição.

d) O estatuto constitucional do direito de defesa é um complexo de princípios e de normas que amparam os acusados em sede de persecução criminal, exceto os réus processados por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados.

8. (OAB/Nacional 2008.II) Maria, que tem 18 anos de idade, é universitária e reside com os

pais, que a sustentam financeiramente, foi vítima de crime que é processado mediante ação penal pública condicionada à representação. Considerando essa situação hipotética, assinale a opção correta.

a) O representante legal de Maria também poderá mover a ação penal, visto que o direito de ação é concorrente em face da dependência financeira e inicia-se a partir da data em que o crime tenha sido consumado.

b) Caso Maria deixe de exercer o direito de representação, a condição de procedibilidade da ação penal poderá ser satisfeita por meio de requisição do ministro da justiça.

c) Caso Maria exerça seu direito à representação e o membro do MP não promova a ação penal no prazo legal, Maria poderá mover ação penal privada subsidiária da pública.

d) Caso Maria venha a falecer, prescreverá o direito de representação se seus pais não requererem a nomeação de curador especial pelo juiz, no prazo legal.

9. (OAB/Nacional 2009.I) Acerca do significado dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, assinale a opção correta.

a) Segundo o princípio da ofensividade, no direito penal somente se consideram típicas as condutas que tenham certa relevância social, pois as consideradas socialmente adequadas não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade.

b) O princípio da intervenção mínima, que estabelece a atuação do direito penal como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

c) Segundo o princípio da culpabilidade, o direito penal deve limitar-se a punir as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, ocupando-se somente de uma parte dos bens protegidos pela ordem jurídica.

d) De acordo com o princípio da fragmentariedade, o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados por sentença transitada em julgado.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

Quando a sentença condenatória transitar em julgado, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros poderão promover a sua execução **no juízo cível** para obter a reparação dos danos causados pela prática do crime, tendo em vista que o disposto nos arts. 63 do CPP e 475-N, II, do CPC (com a alteração promovida pela Lei 11.232/2005) estabelece a natureza de **título executivo judicial** a ser executado no juízo cível. Trata-se da ação civil *ex delicto* de execução. Até o advento da Lei 11.719/2008, afirmávamos que a parte requerente somente deveria pleitear a liquidação do dano como etapa antecedente à execução, não havendo qualquer discussão sobre a culpa ou sobre o evento, uma vez que essa matéria já estaria acobertada pela autoridade da coisa julgada material no juízo criminal.

Contudo, com a edição do diploma legal acima referido, na esteira da celeridade processual, "novo" direito fundamental inserido ao rol do art. 5.º da CF (inciso LXXVIII), o legislador infraconstitucional, na tentativa de agilizar a prestação jurisdicional à vítima ou aos seus familiares, determinou ao juiz que, ao prolatar a sentença condenatória, fixe um *valor mínimo* referente aos prejuízos causados ao ofendido pela ação ou omissão do agente delitivo. Este é o teor do parágrafo único do art. 63 do CPP: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido".

O art. 387, IV, também produto das recentes reformas, dispõe que o magistrado: “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Assim, a necessidade de liquidação da sentença penal condenatória no juízo cível deixa de ser uma etapa obrigatória a ser percorrida pelo titular da ação civil *ex delicto*, já que ao juízo criminal competirá a fixação do *quantum debeatur*. Contudo, cremos que o legislador quis se referir aos danos materiais, já que os de natureza moral dependem de prova que não deve ser produzida na seara penal, sob pena de o processo-crime transformar-se em “processo híbrido”, com a sua procrastinação em discussões marginais que somente devem ser deduzidas na sede própria (prévia fase de liquidação).

Portanto, apenas aqueles danos de fácil constatação pelo juízo criminal é que serão fixados em sentença (danos materiais, mais especificamente os emergentes, que são aqueles que são facilmente constatáveis). As demais modalidades de dano (lucros cessantes – que são espécie do gênero danos materiais – e os morais) devem ser apuradas em liquidação da sentença penal condenatória. Daí o legislador haver mencionado que a sentença penal condenatória fixará *valor mínimo*, que, desde logo, poderá ser executado pela vítima no juízo cível.

A ação para o ressarcimento do dano poderá ser proposta, no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, também contra o responsável civil (no caso de responsabilidade civil, por fato de outrem). Tem-se, ainda, a possibilidade dessa ação ser proposta durante a tramitação da ação criminal caso em que terá a natureza de ação de conhecimento em que a culpa do autor do ilícito (ainda não apurada na ação penal) deverá ser comprovada. Na hipótese da ação penal e da cível correrem paralelamente, o juiz, no intuito de evitar decisões contraditórias, poderá suspender o curso da ação civil, até o julgamento definitivo da ação penal.

Quanto à sentença penal transitada em julgado, temos que a ***condenatória*** não só não impede a ação civil como faz coisa julgada no cível, impedindo a discussão do conteúdo da decisão. Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que constitui título executivo, basta promover a liquidação do dano para, então, promover a ação de execução civil.

Já a ***sentença penal absolutória*** transitada em julgado pode ou não impedir a ação civil. Se a sentença penal reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no

exercício regular de direito, ou seja, situação em que o autor do fato encontra-se acobertado por uma das excludentes de antijuridicidade, em regra a ação civil não poderá ser proposta.

No entanto, nas seguintes situações excepcionais, mesmo acobertado pela excludente da ilicitude, o autor absolvido penalmente estará obrigado a indenizar:

a) se o prejudicado não tiver sido o culpado pela situação de perigo que determinou a incidência do estado de necessidade (o autor deve indenizar o prejudicado, podendo exercer direito de regresso em face do causador do perigo);
b) se o autor agiu acobertado pela legítima defesa putativa, caso em que a vítima (ou os seus herdeiros) deverá ser indenizada;
c) se o autor causou danos a terceiros em virtude de erro de pontaria (*aberratio ictus* ou *aberratio criminis*).

Também impedirá a ação civil a *sentença penal absolutória*, quando tiver sido, categoricamente, reconhecida: ***a inexistência material do fato*** ou ***de sua autoria (negativa de autoria*)**.

Para os demais casos, a ***sentença absolutória no juízo criminal*** não impedirá a ação civil, como, por exemplo:

I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informações;
II – a decisão que julgar extinta a punibilidade;
III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Em conformidade com o art. 68 do CPP, quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1.º e 2.º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público, que atuará como substituto processual do ofendido. É importante observar que a moderna jurisprudência vem admitindo a propositura dessa ação pelo companheiro (união estável) para que este obtenha do autor do ilícito uma reparação pelos danos decorrentes do homicídio praticado.

4.1 QUESTÕES

1. (OAB 2010.2 – FVG) Relativamente às regras sobre ação civil fixadas no Código de Processo Penal, assinale a alternativa correta.

a) São fatos que impedem a propositura da ação civil: o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação, a decisão que julgar extinta a punibilidade e a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

b) Sobrevindo a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil não poderá ser proposta em nenhuma hipótese.

c) Transitada em julgado a sentença penal condenatória, a execução só poderá ser efetuada pelo valor fixado na mesma, não se admitindo, neste caso, a liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

d) Transitada em julgado a sentença penal condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

2. (OAB/GO – Agosto/2006) Assinale a afirmativa correta, com relação à ação civil *ex delicto*:

a) Certo acusado de cometimento de crime contra uma vítima, é condenado ao final da Ação Penal a que respondia, e essa decisão transita em julgado; há, pois, necessidade de ser esse Acusado acionado judicialmente para ser obrigado a ressarcir civilmente a Vítima, e somente então, após ser reconhecida posterior e independentemente a obrigação civil de reparação, é que poderá a Vítima liquidar e executar esse valor reparatório.

b) Certo Acusado de cometimento de crime contra uma Vítima, é absolvido sob o fundamento da insuficiência de provas ao final da Ação Penal a que respondia, e essa decisão transita em julgado; não há, pois, como ser esse Acusado acionado judicialmente para ser obrigado a ressarcir civilmente a Vítima.

c) Certo Acusado de cometimento de crime contra uma vítima, é absolvido sob o fundamento da negativa de autoria ao final da Ação Penal a que respondia, e essa decisão transita em julgado; não há pois, como ser esse Acusado acionado judicialmente para ser obrigado a ressarcir civilmente a Vítima.

d) Nenhuma das alternativas acima está correta.

3. (OAB/SP 130.º) Não faz coisa julgada no juízo cível a sentença penal que reconheça

a) ter sido o ato praticado em estado de necessidade.

b) ter sido o ato praticado em legítima defesa.

c) que o fato imputado não constitui crime.

d) a inexistência material do fato.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

5.1 JURISDIÇÃO

De acordo com a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete, jurisdição "é a faculdade que tem o Poder Judiciário de pronunciar concretamente a aplicação do direito objetivo, ou a função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão" (op. cit., p. 162).

Entretanto, nenhum juiz possui jurisdição absoluta, ampla, que incide sobre todos os tipos de demanda. Para delimitar a atuação da jurisdição, distribuindo racionalmente a atribuição dos juízes de direito, o legislador disciplinou regras sobre competência.

5.1.1 Princípios da jurisdição

A atividade jurisdicional está regida pelos seguintes princípios:

a) ***Princípio do juiz natural*****:** segundo o qual "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5.º, LII, da CF). Referido princípio também reforça a garantia da proibição do juízo ou tribunal de exceção (ou tribunal *ad hoc* – art. 5.º, XXXVII, da CF), que é aquele criado após a prática de um crime para o seu específico julgamento (exemplo: o Tribunal de Nuremberg, constituído pelos aliados para julgar nazistas pelos crimes de guerra).

b) ***Princípio do devido processo legal*** (*due process of law*): segundo esse princípio, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5.º, LIV, da CF).

c) ***Princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional*:** determina que nenhum juiz poderá subtrair-se do exercício da função jurisdicional, nem o legislador poderá produzir leis restringindo o acesso ao Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CF).

d) ***Princípio da improrrogabilidade*:** de acordo com ele, o juiz não poderá invadir nem ter sua competência invadida por outro juízo.

e) ***Princípio da indelegabilidade*:** segundo esse princípio, o juiz não pode delegar suas funções exceto quando houver previsão legal, como ocorre, por exemplo, nas cartas precatórias.

f) ***Princípio da inevitabilidade*** (ou *irrecusabilidade*): segundo esse princípio, as partes não podem recusar o juiz designado pelo Estado, exceto nos casos de suspeição, impedimento e incompetência, em que deverão ser propostas as respectivas exceções.

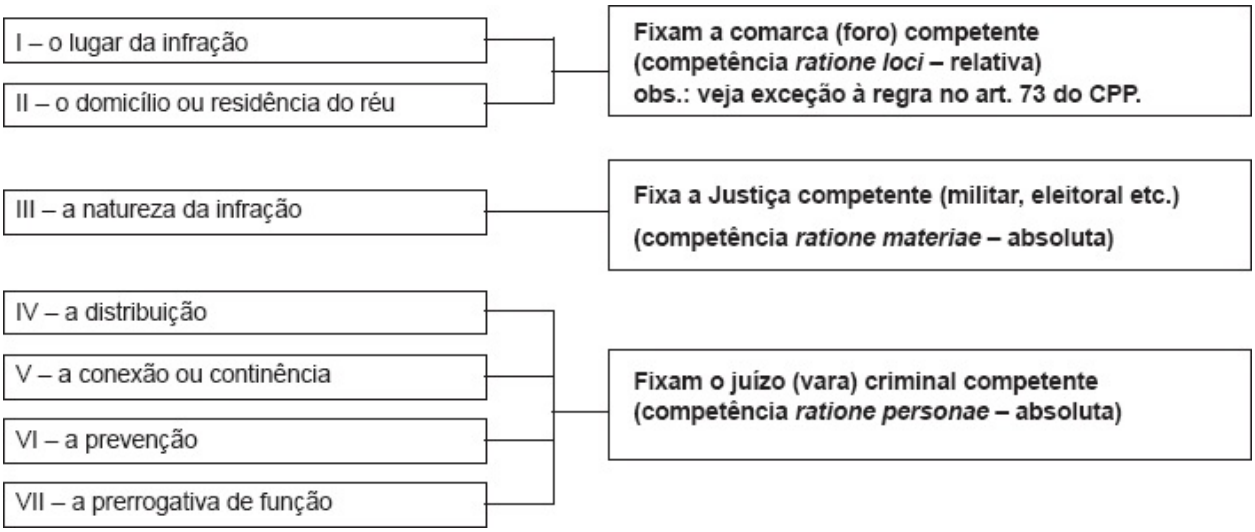
g) ***Princípio da inércia*** (ou *da titularidade*): por ele, a função jurisdicional só pode atuar mediante provocação pelas partes, não sendo lícito ao juiz instaurar ações penais de ofício, sob pena de não estar agindo com a necessária imparcialidade.

h) ***Princípio da correlação*:** determina que é vedado o julgamento *extra, infra* ou *ultra petita*, assegurando-se a perfeita correspondência entre o que foi pedido (objeto da ação) e o que foi concedido por meio da sentença proferida.

5.2 COMPETÊNCIA

O poder jurisdicional é privativo do Estado-juiz. Todavia, em face da extensão territorial, de determinadas matérias e de determinadas pessoas, o exercício desse poder/dever de aplicar o direito (abstrato) ao caso concreto sofre limitações, nascendo daí a noção de competência jurisdicional. Em síntese pode-se dizer que a competência é a medida da jurisdição.

Segundo o art. 69 do CPP, a competência jurisdicional será determinada de acordo com:



5.2.1 Competência pelo lugar da infração

A competência será, via de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração (competência *ratione loci*), ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

De acordo com o § 1.º do art. 70 do CPP, se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução. Quando o último ato tiver sido praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado (§ 2.º). Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção (§ 3.º).

O art. 71 estabelece, ainda, que na hipótese de **infração continuada ou permanente**, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a **competência firmar-se-á pela prevenção**.

A competência pelo lugar da infração, também chamada de competência de foro ou territorial (ou, ainda, de *ratione loci*), determina qual será a comarca competente para o julgamento do fato criminoso. Esse critério é o mais utilizado porque inibe a conduta de todas as pessoas que vivem no local e tomaram conhecimento do fato (por meio da prevenção geral – uma das finalidades da pena) e, além disso, possibilita maior agilidade à colheita de provas sem que seja necessária a expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas, realização de perícias etc.

Tendo em vista a natureza da infração e a eventual diversidade de locais em que foram praticadas as condutas, foram construídas as seguintes regras específicas:

a) de acordo com as Súmulas 521 do STF e 244 do STJ, no caso de ***emissão de cheques sem fundos*** será competente o juízo do local onde ocorreu a recusa do pagamento pelo banco (sacado);

b) no crime de ***apropriação indébita***, será competente o juízo do local onde se operou a inversão do *animus* da posse;

c) no crime de ***estelionato***, a competência será do local que se efetivou o dano ou a obtenção da vantagem ilícita; quando o crime for praticado ***mediante falsificação de cheque***, a competência também será determinada pelo local da obtenção da vantagem ilícita, de acordo com a Súmula 48 do STJ;

d) tratando-se de ***aborto***, a jurisprudência sustenta que a competência para o seu julgamento será a do local onde foram realizadas as práticas abortivas e não o do lugar da morte do feto, quando esta ocorreu em local diverso. Se a conduta foi praticada no mesmo local onde o resultado foi produzido, então o foro competente será determinado pelo local da morte; sendo diversos, a competência será determinada pelo local da ação. A mesma regra é válida para o crime de homicídio doloso.

e) tratando-se de ***crimes qualificados pelo resultado*** (do qual o crime preterdoloso é apenas uma das espécies), o foro competente, de acordo com a doutrina de Fernando da Costa Tourinho Filho, é o do local em que ocorreu o resultado agravador tendo em vista o fato de ter sido nele o local onde foram reunidos todos os elementos do tipo penal, conforme estabelece o art. 14, II, do CP (op. cit., p. 108);

f) tratando-se de crime de ***extorsão mediante sequestro*** cuja vítima tenha sido levada para diversas comarcas (exemplo: troca de cativeiro), pelo fato da sua consumação se iniciar no momento em que a liberdade foi cerceada e de se prolongar enquanto a privação for mantida (crime permanente), a competência será fixada por meio da prevenção, de acordo com o disposto no art. 71 do CPP. O mesmo se aplica para as hipóteses de continuação delitiva cometida em comarcas distintas;

g) tratando-se de crime de ***contrabando ou descaminho***, a competência para o seu processo e julgamento será definida pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens, de acordo com a Súmula 151 do STJ.

5.2.2 Competência pelo domicílio ou residência do réu

A competência pelo domicílio ou residência do réu (também chamada de *foro subsidiário*) está disposta no art. 72 do CPP, o qual determina que: “não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu”.

De acordo com o art. 72, § 1.º, se o réu tiver mais de uma residência, a competência regular-se-á pela prevenção. O § 2.º estabelece que se o réu não tiver residência certa ou for ignorado o seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato.

Excepcionalmente, nos casos de ação penal privada exclusiva, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração. É o chamado *foro alternativo*, que não se aplica ao caso de ação penal privada subsidiária.

5.2.3 Competência pela natureza da infração

Uma vez fixada a comarca competente por meio dos critérios anteriores (art. 69, I e II, do CPP – *ratione loci*), resta saber qual será a Justiça competente em razão da natureza da infração (*ratione materiae*).

A jurisdição (justiça) pode ser Especial, que se divide em Justiça Militar e Justiça Eleitoral; e Comum, que se divide em Justiça Federal e Justiça Estadual. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária (federal ou estadual), salvo a competência privativa do Tribunal do Júri, cuja competência é atribuída pela Constituição Federal.

Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos ***crimes dolosos contra a vida*** previstos nos arts. 121, §§ 1.º e 2.º (homicídio doloso simples ou qualificado), 122 e parágrafo único (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio), 123 (infanticídio) e 124, 125, 126 e 127 (todas as modalidades de aborto) do CP, consumados ou tentados. O julgamento dos crimes de homicídio culposo e o latrocínio (roubo qualificado seguido de morte) não pertencem à competência do Tribunal do Júri. Saliente-se que nos crimes militares próprios, a EC 45/2004 preservou a competência do tribunal do júri para a hipótese em que a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (art. 125, § 4.º, da CF).

Se, iniciado o processo perante um juiz, houver ***desclassificação para infração*** de competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro que, em tal caso, terá sua ***competência prorrogada***.

Se o juiz da pronúncia (1.ª fase do procedimento do júri) desclassificar a infração para outra atribuída à competência de juiz singular, observar-se-á o disposto no art. 419 do CPP; mas, se a desclassificação for feita pelo próprio Tribunal do Júri (2.ª fase do procedimento), a seu presidente caberá proferir a sentença (art. 492, § 1.º).

Tratando-se de ***jurisdição especial***, a Constituição Federal prevê as seguintes jurisdições especiais:

a) **Justiça eleitoral** (art. 121 da CF) – para o julgamento dos crimes eleitorais e os seus conexos. Os crimes eleitorais estão previstos no Código Eleitoral (Lei 4.737/1965).

b) **Justiça Militar** (art. 124 da CF) – para processar e julgar os crimes militares previstos em lei. Estes podem ser *próprios*, sendo aqueles previstos exclusivamente no Código Penal Militar (ex.: insubordinação); ou *impróprios*, sendo aqueles previstos tanto no Código Penal Militar como no Código Penal (para os civis). A Justiça Militar julga apenas os crimes militares próprios e desde que praticados por militar em efetivo exercício. Os crimes comuns praticados por militar mesmo em exercício são de competência da Justiça Comum. Se o militar praticar os dois tipos de crimes haverá cisão do processo com remessa dos respectivos crimes às justiças competentes (ex.: crime de abuso de autoridade – Lei 4.898/1965 – em concurso material com o crime de lesão corporal grave, previsto no art. 209, § 1.º, do Código Penal Militar, praticados por policial militar em serviço). A EC 45/2004

(Reforma do Judiciário) acrescentou o § 4.º ao art. 125 da CF, atribuindo competência à Justiça Militar estadual para processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei, bem como as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. A EC 45/2004 também atribuiu competência aos juízes de direito do juízo militar para processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares (art. 125, § 5.º, da CF).

c) Competência política do **Senado Federal** (art. 52 da CF) – especialmente para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (incluídos pela EC 45/2004), o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles desde que conexos aos do Presidente ou do vice.

Ao lado destas jurisdições especiais, a Constituição Federal prevê ainda a jurisdição comum estadual ou federal.

À ***Justiça Federal*** *compete processar e julgar*:

a) art. 109, IV, da CF – os *crimes políticos e as infrações penais* praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as *contravenções penais de qualquer natureza* que, de acordo com a Súmula 38 do STJ, sempre serão de *competência da justiça estadual*;

b) art. 109, V, da CF – os *crimes previstos em tratado ou convenção internacional*, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

c) art. 109, V-A, da CF (incluído pela EC 45/2004) – as causas relativas a grave violação de direitos humanos. Nessas hipóteses, 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 STJ, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal;

d) art. 109, VI, da CF – os crimes contra a organização do trabalho (arts. 197 a 207, CP) e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

e) art. 109, IX, da CF – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

f) art. 109, X, da CF – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro (Lei 6.815/1980).

Compete à ***Justiça Comum estadual*** tudo o que não for de competência das jurisdições especial e federal. É a chamada ***competência residual***.

No que diz respeito aos crimes dolosos contra a vida, a competência será do

Tribunal do Júri, da jurisdição comum estadual ou federal, dependendo do caso. Uma lei ordinária federal pode aumentar a competência do Tribunal do Júri, mas jamais poderá diminuí-la, tendo em vista a sua previsão constitucional.

5.2.4 Competência por prevenção e distribuição

A **distribuição**, que é uma espécie de sorteio, fixará a competência do juízo quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente. Se na mesma comarca existirem vários juízes igualmente competentes para o julgamento do caso, considerar-se-á competente pelo critério da **prevenção** aquele que se adiantar aos demais quanto à prática de alguma providência processual ou extraprocessual (exemplo: a decretação da prisão preventiva, a concessão de fiança, o reconhecimento de pessoas ou coisas). Vale ressaltar que o pedido de explicações em juízo nos crimes contra a honra torna prevento o juízo para a futura ação penal a ser promovida pelo ofendido (ou pelo representante do Ministério Público nas excepcionais hipóteses de ação penal pública incondicionada). A prevenção também firma a competência quando se trata de infração continuada (art. 71 do CPP) ou permanente, praticadas em territórios de duas ou mais jurisdições.

5.2.5 Competência por conexão ou continência

Conexão, de acordo com a doutrina de Flávio Augusto Monteiro de Barros, "é o nexo, a dependência recíproca que os fatos guardam entre si. A conexão existe quando duas ou mais infrações estiverem entrelaçadas por um vínculo, um nexo, um liame que aconselha a junção dos processos, propiciando, assim, ao julgador perfeita visão do quadro probatório" (op. cit., p. 136).

A conexão pode ser:

1. ***intersubjetiva*** (art. 76, I, do CPP): refere-se ao vínculo existente entre os sujeitos. É o nexo existente em relação a duas ou mais infrações, praticadas por duas ou mais pessoas por meio das seguintes formas:
   a) *conexão intersubjetiva por simultaneidade* (ou ocasional – art. 76, I, do CPP): ocorre quando duas ou mais infrações forem praticadas ao mesmo tempo por várias pessoas em concurso e sem vínculo subjetivo. Exemplo: várias pessoas lincham um estuprador);
   b) *conexão intersubjetiva por concurso* (art. 76, I, 2.ª parte, do CPP): ocorre quando duas ou mais infrações forem praticadas por várias pessoas em concurso, com vínculo subjetivo, embora diverso o tempo e o lugar. Exemplo: quadrilha que trafica entorpecentes em vários pontos da cidade;

c) *conexão intersubjetiva por reciprocidade* (art. 76, I, última parte, do CPP): ocorre quando duas ou mais infrações forem praticadas por duas ou mais pessoas, umas contra as outras. Exemplo: rixa.

2. ***objetiva*** (art. 76, II, do CPP): refere-se ao vínculo em relação à motivação do crime e pode ser:
   a) *teleológica* (ou puramente material): estabelece que a competência é determinada pela conexão se, no caso de várias infrações, uma delas tiver sido praticada para facilitar a execução das outras;
   b) *consequencial*: estabelece que a competência é determinada pela conexão se, no caso de várias infrações, uma delas tiver sido praticada para assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem das outras;
3. ***instrumental*** (ou probatória – art. 76, III, do CPP): quando a prova de uma infração ou de qualquer uma de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Exemplo: a existência ou não de prova em relação ao crime de furto influi na prova do crime de receptação.

A ***continência***, de acordo com o Prof. Flávio Augusto Monteiro de Barros, ocorre quando duas ou mais pessoas são acusadas da mesma infração, ou o comportamento do sujeito representa concurso formal, *aberratio ictus* (erro na execução do crime) e *aberratio criminis* (resultado diverso daquele pretendido) com duplo resultado (op. cit., p. 137). Haverá continência quando uma situação jurídica estiver contida na outra, não sendo possível a separação. Pode ser de duas espécies:

a) *por cumulação subjetiva*: ocorre quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração (art. 77, I, do CPP), caracterizando-se o concurso de agentes;

b) *por cumulação objetiva*: ocorre no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 70, 1.ª parte, do CP (concurso formal); 73, parte final, do CP (*aberratio ictus*) e 74, parte final, do CP (*aberratio criminis*).

A conexão e a continência, vale ressaltar, não são critérios de fixação, mas sim de prorrogação da competência. Uma vez reconhecida, surgem os seguintes efeitos: **a)** reunião de processos e **b)** prorrogação da competência. No entanto, a Súmula 235 do STJ dispõe que "a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado". Nesse caso, a unificação ou soma das penas será feita posteriormente no juízo das execuções.

Em virtude da diversidade de Justiças (Especial ou Comum), tornou-se necessário disciplinar algumas regras a serem seguidas para a reunião dos processos. Assim, de acordo com o art. 78 do CPP, na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

I – no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri. **Obs.:** se houver crime eleitoral conexo com crime de competência do júri, a jurisprudência majoritária sustenta que deverá haver cisão de procedimentos (os processos são separados e remetidos para os respectivos juízos competentes). Na hipótese em que se tratar de conexão de crime de competência do tribunal do júri com infração de menor potencial ofensivo, o juiz-presidente continuará competente para o seu julgamento podendo, inclusive, aplicar os institutos da transação penal e da composição dos danos civis (art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/1995, com redação dada pela Lei 11.313/2006).

II – no concurso de jurisdições da mesma categoria:

a) preponderará a do lugar da infração à qual for cominada a pena mais grave; se a pena máxima for igual, compara-se a pena mínima em abstrato;
b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;
c) se os critérios acima não forem suficientes, firmar-se-á a competência pela prevenção;

III – no concurso de jurisdições de diversas categorias, ou seja, de instâncias diferentes, predominará a de maior graduação;

IV – no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta;

V – no concurso entre justiça eleitoral e justiça comum, prevalecerá a justiça eleitoral, considerada especial em relação à comum;

VI – no caso de crimes da competência do júri e de outro órgão da jurisdição, prevalecerá a competência do tribunal do júri, também considerada especial.

De acordo com o art. 79 do CPP, a conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:

I – no concurso entre a jurisdição comum e a militar (Súmula 90 do STJ);

II – no concurso entre a jurisdição comum e a justiça da infância e do adolescente (**Obs.:** o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, possui disciplina própria para a apuração de atos infracionais praticados por adolescentes).

O § 1.º do aludido artigo dispõe que cessará a unidade do processo se em relação a algum corréu sobrevier doença mental durante o seu trâmite, suspendendo o processo apenas em relação a ele. A execução da pena de multa também ficará sobrestada nesse caso.

Em decorrência do disposto no § 2.º, a unidade do processo não importará a do julgamento, se houver corréu foragido que não possa ser julgado à revelia (art. 366 do CPP), ou ocorrer a hipótese do art. 469. Também haverá cisão quando o processo for de competência dos Juizados Especiais Criminais e quando for concedida a apenas um dos corréus a suspensão condicional prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995, prosseguindo o feito em relação aos demais.

Todas as hipóteses anteriores são causas obrigatórias de separação de

processos. As hipóteses **facultativas**, de acordo com o art. 80 do CPP, são:

a) quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes;
b) em razão do número excessivo de réus;
c) para não prolongar a prisão provisória de qualquer dos réus;
d) por qualquer outro motivo relevante.

5.2.6 Competência por prerrogativa de função

A competência por prerrogativa de função, também conhecida por competência originária *ratione personae*, consiste no poder que é concedido a certos Órgãos Superiores da Jurisdição para processarem e julgarem determinadas pessoas, é garantia inerente ao cargo ou função. A prerrogativa, que decorre da importância da função exercida pela pessoa, não deve ser confundida com o *privilégio*, que é um benefício concedido à pessoa.

A competência por prerrogativa de função está prevista na Constituição Federal, nas Leis de Organização Judiciária, em leis ordinárias e no Código de Processo Penal.

A Lei 10.628/2002 alterou a redação do art. 84 do CPP, para restabelecer a regra da *perpetuatio jurisdictionis*, e permitir, assim, a aplicação das regras de competência por prerrogativa de função após o término do mandato da autoridade a ser processada. Referida lei, por representar um grande retrocesso ao processo de consolidação das instituições democráticas, iniciado após a Constituição Federal de 1988, foi objeto de ADIn no Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucional os §§ 1.º e 2.º do art. 84 do CPP.

Dessa forma, não há mais que se falar em foro por prerrogativa de função para a ação civil pública com fundamento na prática de atos de improbidade administrativa. Vale ressaltar que a jurisprudência do STF sempre reconheceu a natureza civil das penalidades impostas aos atos de improbidade administrativa e que a CF não previu foro por prerrogativa de função para o julgamento de funcionários públicos ou de autoridades sob esse fundamento. Portanto, qualquer ação civil pública com fundamento na Lei 8.429/1992 deverá ser proposta perante o juízo de 1.ª instância competente, qualquer que seja a autoridade investigada (ex.: Presidente da República).

A competência *ratione personae* (em razão da prerrogativa de função) está assim distribuída:

a) **Supremo Tribunal Federal** – compete processar e julgar originariamente, nas ***infrações penais comuns***, seus próprios Ministros, o Presidente da República, o vice, os membros do Congresso Nacional e o Procurador-Geral da República, ***nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade***, os membros dos Tribunais Superiores, os do tribunal de Contas da União, os chefes de missão diplomática de caráter permanente e os ministros de Estado (salvo se o crime de responsabilidade for conexo ao do presidente ou vice, caso em que a competência será do Senado), e ainda os comandantes das Forças Armadas.

b) **Superior Tribunal de Justiça** – compete processar e julgar originariamente, nos ***crimes comuns***, os governadores de Estado e do Distrito Federal; ***nos crimes comuns e de responsabilidade*** os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais Regionais Federais, Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

c) **Tribunais Regionais Federais** – compete originariamente processar e julgar os juízes federais, da Justiça Militar e do Trabalho, da sua área de jurisdição, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da justiça eleitoral.

d) **Tribunais de Justiça Estaduais** – compete processar e julgar os prefeitos municipais, os juízes de Direito e os juízes auditores da justiça militar, os membros do Ministério Público. No Estado de São Paulo, a Constituição Estadual atribuiu também ao Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar o vice-governador, os secretários de Estado, os deputados estaduais, o procurador-geral do Estado, o procurador-geral da justiça, o defensor público geral, o delegado-geral de polícia e o comandante geral da polícia militar. É importante salientar que a EC 45/2004 (art. 4.º), que promoveu a Reforma do Judiciário, extinguiu os Tribunais de Alçada, onde existiam, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem (os juízes de alçada se tornaram desembargadores).

e) **Senado Federal** – compete processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; e os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II, da CF).

Quanto aos Prefeitos, é importante conhecer o teor 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 da Súmula 703: “A extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1.º do Dec.-lei 201/67”.

A competência por prerrogativa de função pertence ao Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade. Ao coautor que não

exerce função pública serão estendidas as aludidas regras de competência por prerrogativa de função. Nesse sentido a Súmula 704 do STF estabelece: “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”.

De acordo com o art. 85 do CPP, “nos processos por crime contra a honra, em que forem querelantes as pessoas que a Constituição Federal sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, àquele ou a estes caberá o julgamento, quando oposta e admitida a exceção da verdade”.

Trata-se de questão prejudicial, devendo ser oposta no momento da defesa prévia. Sendo questão de mérito, entende-se que esse prazo não é fatal.

Após a oposição, o querelante tem o prazo de 2 (dois) dias para contestá-la, sendo o procedimento de rito ordinário.

O art. 86 do CPP estabelece que ao Supremo Tribunal Federal competirá, privativamente, processar e julgar:

> I – os seus ministros, nos crimes comuns;
>
> II – os ministros de Estado, salvo nos crimes conexos com os do Presidente da República;
>
> III – o Procurador-Geral da República, os desembargadores dos Tribunais de Apelação, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Finalmente, no tocante aos crimes de competência do Tribunal do Júri, fixada pelo art. 5.º, XXXVIII, da Constituição Federal, esta prevalecerá mesmo diante de competência por prerrogativa de função fixada exclusivamente por Constituição Estadual. Este é o teor da Súmula 721 do STF: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”.

5.2.7 Modificações de competência

As regras sobre a competência material e funcional poderão ser modificadas nas hipóteses de prorrogação de foro, delegação (interna ou externa) e desaforamento.

A ***prorrogação da competência*** é a possibilidade de substituição da competência de um juízo por outro, podendo ser necessária ou voluntária: a

necessária decorre das hipóteses de conexão e continência e a voluntária ocorre nos casos de incompetência territorial quando não oposta a exceção no momento oportuno (caso em que ocorre a preclusão), ou nos casos de foro alternativo.

A ***delegação***, segundo Julio Fabbrini Mirabete, é uma forma de cooperação judicial em que um juiz transfere ao outro a atribuição jurisdicional que é sua. A delegação pode ser interna ou externa. Será interna quando um juiz cede a outro a competência para praticar atos no processo, inclusive decisórios, como ocorre nos casos de juízes substitutos e juízes auxiliares do titular do Juízo, não havendo, assim, verdadeira modificação de competência, mas sim de atribuições. A delegação será externa quando os atos são praticados em juízos diferentes, citando-se como exemplos na legislação processual penal as cartas precatórias, rogatórias e de ordem (op. cit., p. 169).

O ***desaforamento***, de acordo com o novo art. 427 do CPP, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.689/2008, é instituto privativo dos crimes de competência do Tribunal do Júri. Neste sentido, pode ocorrer o julgamento do réu em localidade diversa da competente, sempre que houver:

a) interesse da ordem pública;
b) dúvida sobre a imparcialidade do júri;
c) risco à segurança pessoal do acusado; ou
d) excesso de serviço que acarrete atraso no julgamento do réu por 6 (seis) meses ou mais, a partir da preclusão da decisão de pronúncia.

O pedido pode ser proposto pela acusação (Ministério Público ou querelante, em caso de ação privada subsidiária), pelo assistente de acusação, por representação do juiz ou a requerimento do acusado e será endereçado ao Tribunal de Justiça. Para a hipótese de demora no julgamento, somente as partes poderão requerer o desaforamento (o juiz não pode representar ao Tribunal de Justiça). De acordo com a Súmula 712 do STF: “É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa”.

5.2.8 Competência absoluta e relativa

As competências em razão da matéria (*ratione materiae*) e a por prerrogativa de função (*ratione personae*), por terem conteúdo de interesse público, não podem ser prorrogadas e tampouco modificadas pelas partes (norma cogente) e o seu reconhecimento, que pode ocorrer em qualquer tempo e grau de jurisdição,

gera a nulidade absoluta do processo. Por isso são chamadas de competência absoluta.

A competência territorial (ou de foro – *ratione loci*), na qual o que prevalece é o interesse privado de uma das partes, é prorrogável se não for alegada no tempo oportuno (preclusão) e é capaz de gerar, se comprovado o prejuízo pela parte interessada, apenas a nulidade relativa do ato ou de uma fase do processo. De acordo com a Súmula 706 do STF, "é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção".

5.3 QUESTÕES

1. (OAB/SP 134.º) Acerca da competência para conhecimento e julgamento de feitos penais, assinale a opção correta.

a) A regra da prevenção não se aplica em instâncias superiores, somente no juízo singular.

b) Não se admite a consideração de prevenção para fixação do juízo natural.

c) Em comarca, havendo juízos especializados na fiscalização de investigação penal, aplica-se a regra da prevenção, em qualquer caso.

d) Em regra, no processo penal, há prevenção quando, havendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, 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 queixa.

2. (VIII Exame de Ordem Unificado – FGV) Paulo reside na cidade "Y" e lá resolveu falsificar seu passaporte. Após a falsificação, pegou sua moto e viajou até a cidade "Z", com o intuito de chegar ao Paraguai. Passou pela cidade "W" e pela cidade "K", onde foi parado pela Polícia Militar. Paulo se identificou ao policial usando o documento falsificado e este, percebendo a fraude, encaminhou Paulo à delegacia. O *Parquet* denunciou Paulo pela prática do crime de uso de documento falso. Assinale a afirmativa que indica o órgão competente para julgamento.

a) Justiça Estadual da cidade "Y".

b) Justiça Federal da cidade "K".

c) Justiça Federal da cidade "Y".

d) Justiça Estadual da cidade "K".

3. (OAB/SP 136.º) Assinale a opção correta acerca da conexão e da continência, segundo o Código de Processo Penal (CPP).

a) No concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência deste último.

b) No concurso de jurisdições da mesma categoria, preponderará a do lugar da infração à qual for cominada a pena mais grave.

c) A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, inclusive no

concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.

d) No concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá aquela.

4. (OAB/SP 135.º) Com base no CPP, assinale a opção correta acerca da competência.

a) Levando-se em consideração apenas delitos praticados integralmente dentro do território brasileiro, aplica-se a teoria da atividade.

b) O foro competente no caso de tentativa é o local onde o agente praticou o primeiro ato executório.

c) Reserva-se a teoria da ubiquidade para a hipótese do delito que tenha se iniciado em um país estrangeiro e findado no Brasil ou vice-versa.

d) Nos casos de exclusiva ação privada, o foro competente corresponde ao do lugar da infração, não cabendo à vítima optar pelo domicílio ou residência do réu.

5. (OAB 2011.3 – FGV) A Constituição do Estado X estabeleceu foro por prerrogativa de função aos prefeitos de todos os seus Municípios, estabelecendo que "os prefeitos serão julgados pelo Tribunal de Justiça". José, Prefeito do Município Y, pertencente ao Estado X, está sendo acusado da prática de corrupção ativa em face de um policial rodoviário federal. Com base na situação acima, o órgão competente para o julgamento de José é

a) a Justiça Estadual de 1ª Instância.

b) o Tribunal de Justiça.

c) o Tribunal Regional Federal.

d) a Justiça Federal de 1ª Instância.

6. (OAB/Nacional 2008.II) No que se refere às disposições do CPP acerca da competência por conexão ou continência, assinale a opção incorreta.

a) No concurso entre a competência do júri e de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri.

b) No concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá a jurisdição especial.

c) A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, inclusive no concurso entre a jurisdição comum e a militar.

d) A conexão e a continência no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores importarão separação de processos e de julgamento.

7. (OAB/Nacional 2008.II) Compete à justiça federal processar e julgar

a) crime contra a organização do trabalho.

b) crime de transporte de eleitores no dia da votação.

c) furto de bem de sociedade de economia mista.

d) crime de deserção praticado por bombeiro militar.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES

Segundo o saudoso Prof. Julio Fabbrini Mirabete, questões e processos incidentes "são soluções legais para as diversas eventualidades que podem verificar-se no processo e que devem ser solucionadas pelo juiz antes da decisão da causa principal. Devem, portanto, ser objeto de um processo à parte (processo incidental) e, dessa forma, interferem no processo quebrando a 'normalidade' do procedimento" (op. cit., p. 200).

Tais incidentes, dependendo da matéria sobre a qual incide a prejudicialidade, podem ser de dois tipos: As ***questões prejudiciais*** (referem-se ao mérito da ação penal) e os ***processos incidentes*** (referem-se ao próprio processo).

6.1 QUESTÕES PREJUDICIAIS

Julio Fabbrini Mirabete conceitua a questão prejudicial "como toda a questão jurídica de direito penal ou extrapenal que verse elemento integrante do crime e cuja solução, escapando à competência do juiz criminal e provocando a suspensão da ação penal, deve preceder a decisão da questão principal" (op. cit., p. 201). A prejudicialidade impede o julgamento do mérito da ação enquanto não for objeto de pronunciamento pelo juiz, tendo, por isso, natureza jurídica de *conexão*.

Os elementos essenciais da prejudicialidade são:

a) ***anterioridade lógica*:** a questão prejudicial deverá ser decidida anteriormente ao mérito (questão prejudicada);

b) ***necessariedade*:** a anterioridade da questão prejudicial não deve ser meramente lógica, mas também essencial para o julgamento do mérito, ou seja, é necessário que a questão prejudicial seja decidida sempre antes da ação principal, pois aquela subordina a decisão desta;

c) ***autonomia*:** a questão prejudicial, dada a sua natureza, pode ser objeto de outro processo autônomo.

As questões prejudiciais, quanto ao seu caráter, classificam-se da seguinte forma:

- *homogêneas* (mesmo ramo do direito da questão principal). Exemplo: exceção da verdade no crime de calúnia – ambas pertencentes ao Direito Penal;
- *heterogêneas* (ramos diversos do direito da ação principal). Exemplo: anulação do primeiro casamento como defesa no crime de bigamia – a discussão acerca da validade do casamento pertence ao Direito Civil.

As questões prejudiciais ***heterogêneas*** (perfeita ou jurisdicional), quanto aos efeitos, dividem-se em *obrigatórias* e *facultativas*.

- ***Obrigatórias*** (ou necessárias) são as questões que versam sobre o estado civil das pessoas e que por serem da competência de juiz cível acarretam, obrigatoriamente, a suspensão do processo criminal. Também são chamadas questões devolutivas absolutas. Conforme o art. 92 do CPP, se a *decisão sobre a existência da infração* depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no Juízo Cível a controvérsia seja dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.
- ***Facultativas*** são as questões prejudiciais de natureza civil que não se referem ao estado civil da pessoa e que possibilitam ao juiz criminal suspender o processo para aguardar a decisão do juiz cível ou decidir incidentalmente sobre a questão sem suspender o processo. São também denominadas de devolutivas relativas.

Segundo o art. 93, se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no art. 92, da competência do Juízo Cível, e se nesse houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente. Exemplo: ação que versa sobre a disputa sobre a propriedade do bem móvel e processo criminal por delito de furto.

Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

A suspensão do curso da ação penal, nos casos dos arts. 92 e 93 do CPP, será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes. Da decisão do juiz que defere ou indefere a apuração no juízo cível de uma questão prejudicial não cabe recurso. Suspenso o processo penal em razão de uma questão prejudicial, suspenso ficará também o prazo prescricional, nos termos do art. 116 do CP.

O despacho proferido pelo juiz determinando a suspensão do processo diante de questão prejudicial comporta recurso (RESE, art. 581, XVI, CPP). No caso de indeferimento do pedido de suspensão, não há recurso cabível.

6.2 PROCESSOS INCIDENTES

Processos incidentes são as questões que dizem respeito ao processo e que, por isso, podem ser solucionadas pelo próprio juiz criminal. São as exceções, incompatibilidades e impedimentos, restituição de coisas apreendidas, medidas assecuratórias, incidentes de falsidade e incidentes de insanidade mental do acusado.

6.2.1 Exceções

6.2.1.1 Considerações preliminares

Exceção é a alegação de ausência de uma das condições da ação ou de pressupostos processuais. Trata-se de uma forma de defesa exercida contra a ação e contra o processo (defesa indireta) com o objetivo de extingui-lo (as exceções são chamadas de *peremptórias*) ou de procrastiná-lo (as exceções, neste caso, são chamadas de *dilatórias*).

Segundo o art. 95 do CPP poderão ser opostas as seguintes exceções:

I – suspeição;
II – incompetência de juízo;
III – litispendência;
IV – ilegitimidade de parte;
V – coisa julgada.

São **peremptórias** as exceções de litispendência e coisa julgada; e **dilatórias** as de suspeição, de incompetência do juízo e as de ilegitimidade de parte. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.

6.2.1.2 Exceção de suspeição

A arguição de *suspeição* precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente, pois visa combater a parcialidade do magistrado. Antes de qualquer outra análise no processo penal, é necessário que se tenha um juiz imparcial.

Os ***casos de suspeição do magistrado*** são os mencionados no art. 254 do CPP:

I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;

V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Reconhecendo a suspeição, o juiz **sustará** a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruam, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.

Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, necessária para o requerimento da suspeição, dará sua resposta em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará que os autos da exceção sejam remetidos, em **24 horas**, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento. A título de exemplo, no Estado de São Paulo, o julgamento está afeto a uma Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, composta dos quatro vice-presidentes e mais o decano (desembargador mais antigo) do Tribunal. Se a suspeição for de manifesta improcedência, o juiz ou relator a rejeitará liminarmente. Neste caso de não aceitação da suspeição pelo magistrado o processo não é suspenso.

Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável. Rejeitada, evidenciando-se

a malícia do excipiente, a este será imposta a multa. Não há recurso contra a decisão da exceção de suspeição.

Quando a parte contrária reconhecer a procedência da arguição, poderá ser sustado, a seu requerimento, o processo principal, até que se julgue o incidente da suspeição. Se for arguida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias.

As partes poderão também arguir de suspeitos: os **peritos**, os **intérpretes** e os **serventuários** ou **funcionários de justiça**, decidindo o juiz de plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata.

A suspeição dos **jurados** deverá ser arguida oralmente, em Plenário, decidindo de plano o presidente do Tribunal do Júri, que a rejeitará se, negada pelo recusado, não for imediatamente comprovada, devendo tal ocorrência constar na ata dos trabalhos.

Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas as autoridades deverão declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.

De acordo com a Súmula 234 do STJ: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

6.2.1.3 Exceção de incompetência do juízo

Trata-se de exceção oposta por falta de capacidade funcional do juiz.

Em conformidade com o art. 108 do CPP, a *exceção de incompetência do juízo* (ou *declinatoria fori*) poderá ser oposta, verbalmente ou por escrito, no prazo de defesa. Se, ouvido o Ministério Público, for aceita a declinatória, o feito será remetido ao juízo competente, onde, ratificados os atos anteriores, o processo prosseguirá. Recusada a incompetência, o juiz continuará no feito, fazendo tomar por termo a declinatória, se formulada verbalmente. Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer a existência de motivos que o tornem incompetente, fará essa declaração nos autos, havendo ou não alegação da parte.

A incompetência, como já foi dito, pode ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando a competência versar sobre a matéria ou à pessoa. Relativa é a competência em razão do território. A incompetência absoluta pode ser arguida a

qualquer tempo e grau de jurisdição. Já a incompetência relativa deve ser arguida no prazo da defesa prévia. Uma vez não arguida a incompetência relativa ou territorial, prorroga-se a competência em virtude da preclusão. A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício (Súmula 33 do STJ).

Julgada improcedente a exceção de incompetência a única medida cabível é o *habeas corpus*, pois não há recurso previsto para essa hipótese. Se julgada procedente, o recurso cabível é o recurso em sentido estrito.

A exceção de incompetência não suspende o curso do processo penal e, sendo procedente, os atos decisórios praticados serão nulos e os atos instrutórios deverão ser ratificados no juízo competente.

6.2.1.4 Exceção de litispendência

Em conformidade com o art. 110 do CPP, nas *exceções de litispendência, ilegitimidade de parte* e *coisa julgada* será observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo. Se a parte tiver que opor mais de uma dessas exceções, deverá fazê-lo numa só petição ou articulado.

Existe litispendência quando, proposta uma ação penal, já existe **outra idêntica em andamento**, ainda sem julgamento definitivo. Uma ação será idêntica à outra quando ambas tramitarem simultaneamente (sem que quaisquer delas tenha sido definitivamente decidida, pois, caso contrário, haverá o óbice da coisa julgada) e possuírem os mesmos elementos da ação, quais sejam: as mesmas partes, mesma causa de pedir (crime) e mesmo pedido (condenação). Excepcionalmente, haverá litispendência em processos com autores diversos quando, para o mesmo fato, forem instaurados dois inquéritos policiais, sendo que num deles o representante do Ministério Público oferece denúncia e no outro permanece inerte, possibilitando, assim, que o ofendido promova a ação penal privada subsidiária. Apesar de os autores serem diversos, a litispendência deve ser reconhecida.

Da decisão que acolhe a exceção cabe recurso em sentido estrito. Da decisão que rejeita a arguição não cabe nenhum recurso, apenas o *habeas corpus* (que não é recurso, mas sim ação). Da decisão que reconhece de ofício a ocorrência de litispendência, cabe o recurso de apelação, pois nessa situação a sentença tem força de decisão definitiva.

6.2.1.5 Exceção de coisa julgada (non bis in idem)

Verifica-se a coisa julgada quando, proposta uma ação penal, já exista outra idêntica definitivamente julgada. A coisa julgada pressupõe, assim, a existência de um **processo extinto e de outro em andamento sobre o mesmo fato**, enquanto a litispendência pressupõe a existência de dois processos em andamento, também sobre o mesmo fato. É importante salientar que as exceções de coisa julgada e de litispendência não suspendem o andamento da ação penal.

Se a exceção de coisa julgada for julgada procedente, o recurso cabível é o recurso em sentido estrito (art. 581, III, do CPP). Se julgada improcedente, a medida cabível é o *habeas corpus* ou alegação em preliminar de recurso de apelação. Se reconhecida de ofício pelo magistrado, cabível é o recurso de apelação (art. 593, II, do CPP).

De acordo com o art. 110, § 2.º, do CPP, a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença.

6.2.1.6 Exceção de ilegitimidade de parte

A ilegitimidade de parte deve ser analisada por dois aspectos:

- **titularidade da ação penal** – é atribuída ao Ministério Público ou ao particular, sendo a ação penal pública ou privada, respectivamente.
- **capacidade de exercício do direito de ação penal** – é do ofendido maior ou menor de 18 anos que pode, por si só ou por seu representante legal, respectivamente, propor a ação penal privada.

A exceção de ilegitimidade de parte é privativa do acusado e tem como objetivo a correção do polo ativo da ação penal como ocorre, por exemplo, no caso de denúncia oferecida em crime de ação penal privada promovida pelo representante do Ministério Público.

Essa espécie de exceção, por também versar sobre matéria de ordem pública, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz ou por requerimento das partes em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Contra a decisão que reconhece a ilegitimidade cabe recurso em sentido estrito (art. 581, III, do CPP). Contra a decisão que a rejeita é cabível apenas a impetração de *habeas corpus* ou alegação da matéria em preliminar de recurso de apelação.

6.2.2 Incompatibilidades e impedimentos

De acordo com o art. 112 do CPP, o juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

As *hipóteses de incompatibilidades e impedimentos* estão previstas nos arts. 252 e 253 do CPP. De acordo com o art. 252, o juiz não poderá exercer a jurisdição no processo em que:

I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Pelo art. 253 do CPP, nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

6.2.3 Conflito de jurisdição

As questões atinentes à competência resolver-se-ão não só pela exceção própria, como também pelo conflito positivo ou negativo de jurisdição.

Conforme o art. 114 do CPP, *haverá conflito de jurisdição*:

a) ***positivo*** – quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes para julgar o mesmo fato criminoso;

b) ***negativo*** – quando dois ou mais juízes se recusarem a julgar o mesmo fato criminoso.

O conflito poderá ser suscitado:

I – pela parte interessada;

II – pelos órgãos do Ministério Público junto a qualquer dos juízos em dissídio;

III – por qualquer dos juízes ou tribunais em causa.

Os juízes e tribunais, sob a forma de representação, e a parte interessada, valendo-se de requerimento, darão parte escrita e circunstanciada do conflito, perante o tribunal competente, expondo os fundamentos e juntando os documentos comprobatórios.

Quando o conflito for negativo, ou seja, quando houver recusa em apreciar a ação penal, os juízes e tribunais poderão suscitá-lo nos próprios autos do processo.

Distribuído o feito, se o conflito for positivo, o relator poderá determinar imediatamente que se suspenda o andamento do processo formando-se autos próprios (art. 116, § 2.º, do CPP). No conflito negativo, o processo ficará suspenso até a decisão final do conflito, sem a formação de autos (art. 116, § 1.º, do CPP).

O conflito de competência não deve ser confundido com o conflito de atribuições, que é o existente entre órgãos pertencentes a poderes diversos (exemplo: órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário que entendem ser exclusivamente competentes, excluindo o outro, para o julgamento de determinado fato). Quando o conflito surgir entre um órgão do Poder Judiciário e órgão de outro Poder, caberá àquele resolver o conflito.

6.2.4 Restituição das coisas apreendidas

No inquérito policial poderão ser apreendidos: os instrumentos do crime (*instrumentas sceleris*), os bens obtidos com o proveito do crime (*producta sceleris*) e coisas de valor exclusivamente probatório (art. 6.º, II, CPP).

Segundo o art. 118 do CPP, antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Por outro lado, as coisas sem interesse probatório poderão ser restituídas ao interessado ainda durante o inquérito policial ou em qualquer fase do processo.

Também deverão ser restituídas as coisas apreendidas quando a autoridade policial não encontrar elementos nas investigações para prosseguir com o inquérito, por não se configurar o fato uma infração penal. Fora estas hipóteses, as coisas apreendidas só serão restituídas ao lesado, terceiro de boa-fé ou ao próprio condenado, após o trânsito em julgado da sentença (incluindo-se, aqui, tanto as de mérito como também as decisões interlocutórias com força de definitiva). Da decisão da autoridade policial que indeferir o pedido de

restituição nas hipóteses previstas caberá mandado de segurança.

Todavia, nem todas as coisas apreendidas serão devolvidas ao interessado sendo, portanto, objeto de confisco. Segundo o art. 91, II, do CP, é efeito automático da condenação (independe de declaração expressa do magistrado na sentença) a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado e do terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Tais instrumentos e produtos não poderão ser restituídos nem mesmo após o trânsito em julgado da sentença (art. 119 do CPP).

Os bens materiais apreendidos de valor exclusivamente probatório não serão objeto de confisco. Uma vez requeridos pelos interessados, a restituição poderá ser feita pela autoridade policial ou pelo juiz.

A restituição será feita pela autoridade nas seguintes situações: se não houver dúvida quanto ao direito do reclamante, na hipótese de se tratar de coisa que não esteja sujeita a confisco e, ainda, no caso de a apreensão da coisa não tiver sido realizada em poder de terceiro de boa-fé.

A restituição determinada pelo juiz poderá ser feita por termo nos autos (mediante simples requerimento), se não houver dúvida acerca do direito do reclamante. Caso contrário (ou seja: existindo dúvida), a restituição só poderá ser feita por meio de instauração do incidente de restituição de coisas apreendidas. Nesse caso o requerente deverá produzir provas no prazo de cinco dias ouvindo-se, em seguida, o terceiro de boa-fé que estava na posse do bem no momento da apreensão e o representante do Ministério Público. Estando convencido acerca do direito do reclamante, o juiz determinará a restituição. Se a dúvida quanto ao direito alegado ainda persistir, o juiz remeterá as partes para o juízo cível e determinará depósito das coisas. Contra essa decisão, cabe recurso de apelação (art. 593, II, do CPP).

De acordo com o art. 120, § 5.º, do CPP, se as coisas apreendidas forem perecíveis, o juiz poderá determinar a sua avaliação e posterior venda em leilão, depositando-se o montante apurado ou entregá-las ao terceiro de boa-fé que as detinha no momento da apreensão.

6.2.5 Medidas assecuratórias

O Código de Processo Penal prevê três espécies de medidas assecuratórias com o objetivo de assegurar a reparação dos danos que a infração penal pode ter causado à vítima e à coletividade. São elas o sequestro, a hipoteca legal e o arresto.

6.2.5.1 Sequestro de bens

Caberá o sequestro dos bens imóveis adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro. Os bens móveis também são passíveis de constrição pela medida ora analisada, desde que não tenham sido objeto de apreensão. Exemplo: imóveis ou móveis adquiridos pelo traficante com o dinheiro arrecadado no tráfico de drogas.

Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (*fumus boni iuris*), o que pode ocorrer tanto na fase do inquérito policial como no curso da ação penal. A medida pode ser decretada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento do representante do Ministério Público e do ofendido ou, ainda, mediante representação da autoridade policial (arts. 127 e 128 do CPP).

Uma vez decretada a medida, da qual cabe apelação (art. 593, II, do CPP), o próprio juiz criminal ordenará a sua inscrição no Registro de Imóveis, determinará a autuação em apartado e admitirá embargos de terceiro a serem opostos tanto pelo réu como pelo terceiro de boa-fé que estava na posse do bem apreendido. Em relação ao réu, os embargos de terceiro possuem natureza jurídica de verdadeira contestação.

O *sequestro será levantado nas hipóteses* previstas no art. 131 do CPP, a saber:

I – se a ação penal não for intentada no prazo de 60 dias, contado da data em que ficar concluída a diligência;

II – se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, *b*, do CP;

III – se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.

Importante lembrar que não serão objeto de sequestro os bens móveis apreendidos em poder do acusado ou indiciado pois, obviamente, se já foram apreendidos, não haveria necessidade de constrição judicial posterior. Além

disso, se restituídos aos seus legítimos proprietários, evidentemente não poderiam garantir eventual ação civil *ex delicto*. Isso porque a indenização futura, se assim não fosse, seria paga com os próprios bens da vítima, situação esta que se revelaria absurda.

6.2.5.2 Hipoteca legal

A hipoteca legal é um direito real de garantia que recai sobre os imóveis do indiciado, podendo ser requerida pelo ofendido, em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria (*fumus boni iuris*).

Uma vez requerida ao juiz criminal mediante requerimento (do ofendido e do Ministério Público), a parte estimará o valor da responsabilidade civil, designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente onerados e, consequentemente, inalienáveis. Se o réu oferecer caução suficiente em dinheiro ou em títulos da dívida pública, pelo valor da sua cotação em Bolsa, o juiz poderá deixar de mandar proceder à inscrição da hipoteca legal (art. 135, § 6.º, do CPP). Todavia, é no juízo civil que será procedida à liquidação da sentença criminal e dos valores apurados com a hipoteca legal.

A inscrição da hipoteca legal será cancelada se, por sentença irrecorrível, o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade (art. 141 do CPP). De acordo com o art. 143 do CPP, passando em julgado a sentença condenatória, serão os autos de hipoteca ou arresto remetidos ao juiz do cível.

A finalidade da medida é garantir o sucesso da futura ação civil *ex delicto* recaindo, portanto, sobre qualquer bem e não sobre aquele oriundo da prática criminosa.

6.2.5.3 Arresto

A Lei 11.435/2006 corrigiu a antiga confusão feita pelo legislador no art. 137, 2.ª parte, do CPP, ao se referir ao sequestro de bens móveis como medida assecuratória, quando na verdade se tratava do arresto, nos moldes previstos no art. 813 do CPC. A nova lei substitui as referências ao instituto do “sequestro” pelo “arresto”, existente nos arts. 136 a 141 e 143, todos do CPP.

A medida do arresto possibilita a apreensão de qualquer bem móvel ao contrário do que exige o sequestro, que incide sobre os bens imóveis ou móveis

(desde que não tenham sido objeto de apreensão) obtidos com o produto do crime. O arresto só poderá ser concedido no curso da ação penal.

Somente os bens suscetíveis de serem penhorados é que poderão ser objeto de arresto e, mesmo assim, em quantidade suficiente para garantir a responsabilidade do acusado ou seu responsável.

Os requisitos para a sua concessão são os mesmos exigidos para as demais medidas: existência do crime e indícios suficientes da autoria (*fumus boni iuris*). As hipóteses de levantamento são as mesmas previstas para a hipoteca.

O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil (art. 139 do CPP). As garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido.

6.2.5.4 Alienação antecipada de bens

Além de garantir maior proteção aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, a Lei 12.694/2012 acrescentou o art. 144-A ao Código de Processo Penal, passando a conferir mais rapidez ao processo de alienação dos bens apreendidos durante o processo judicial e que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

O leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico e os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Se não for alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até dez dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% do estipulado na avaliação judicial (art. 144-A, §§ 1.º e 2.º, do CPP).

O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo e será convertido em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação. Na hipótese de absolvição, será devolvido ao acusado (art. 144-A, § 3.º, do CPP).

Quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial (art. 144-A, § 4.º, do CPP).

No caso da alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário (art. 144-A, § 5.º, do CPP).

O valor dos títulos da dívida pública, das ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial (art. 144-A, § 6.º, do CPP).

6.2.6 Incidente de falsidade

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, "o incidente de falsidade de documento é a medida processual destinada a impugnar o documento tido como viciado, fazendo-se a prova de que ele não é autêntico, não corresponde à verdade, ou seja, não tem valor probatório. Não tendo valor probatório deve ser desentranhando dos autos porque pode levar o juiz a cometer um erro no julgamento, com graves prejuízos para a parte e para a Administração da Justiça" (op. cit., p. 246).

O incidente poderá ser instaurado pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do réu, da vítima, do Ministério Público ou do querelante. Autuado em apartado, o juiz abrirá prazo de 48 horas para a parte contrária oferecer resposta. Da decisão que resolve o incidente caberá recurso em sentido estrito (art. 581, XVIII, do CPP) e, ocorrendo o trânsito em julgado, o juiz determinará a remessa dos documentos desentranhados para o representante do Ministério Público para apurar a responsabilidade do autor da falsificação (art. 145, IV, do CPP).

Quando a falsidade de documento constante dos autos for arguida por escrito, o juiz observará o seguinte processo:

I – mandará autuar em apartado a impugnação, e em seguida ouvirá a parte contrária, que, no prazo de 48 horas, oferecerá resposta;

II – assinará o prazo de três dias, sucessivamente, a cada uma das partes, para prova de suas alegações;

III – conclusos os autos, poderá ordenar as diligências que entender necessárias;

IV – se reconhecida a falsidade por decisão irrecorrível, mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público.

O art. 147 do CPP permite que o juiz proceda, de ofício, à verificação da falsidade. Pelo art. 148, qualquer que seja a decisão, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil.

6.2.7 Insanidade mental do acusado

Segundo o art. 149 do CPP, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, que o acusado seja submetido a exame médico-legal. O exame médico legal do acusado não deve ser determinado apenas porque uma das partes simplesmente o requereu, e sim quando nos autos houver indícios razoáveis quanto à sanidade do acusado.

O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. O Ministério Público e o defensor, o curador, o cônjuge, o ascendente, o descendente ou irmão do acusado também poderão requerer a instauração do incidente. Nada impede, porém, que o incidente de insanidade mental seja suscitado pelo juiz agindo de ofício.

Ocorre, então, no *incidente de insanidade mental* o seguinte procedimento:

- portaria de instauração do incidente baixada pelo juiz;
- suspensão dos autos de ação penal (salvo quanto às diligências imprescindíveis);
- nomeação de curador ao acusado, sob pena de nulidade absoluta;
- perícia médico-legal;
- apresentação do laudo;
- homologação do laudo.

O incidente é autuado em apartado. Uma vez instaurado o incidente, o processo ficará suspenso (se já iniciada a ação penal) e será nomeado um curador ao acusado (sob pena de nulidade do processo). O prazo prescricional flui normalmente durante esse período de suspensão do processo. Vale ressaltar, contudo, que se a suspensão dos autos acarretar prejuízo à realização de alguma diligência, essa poderá cautelarmente ser realizada.

O exame de acusado que se encontra preso deverá ser realizado no manicômio judiciário, atualmente denominado hospital de custódia e tratamento

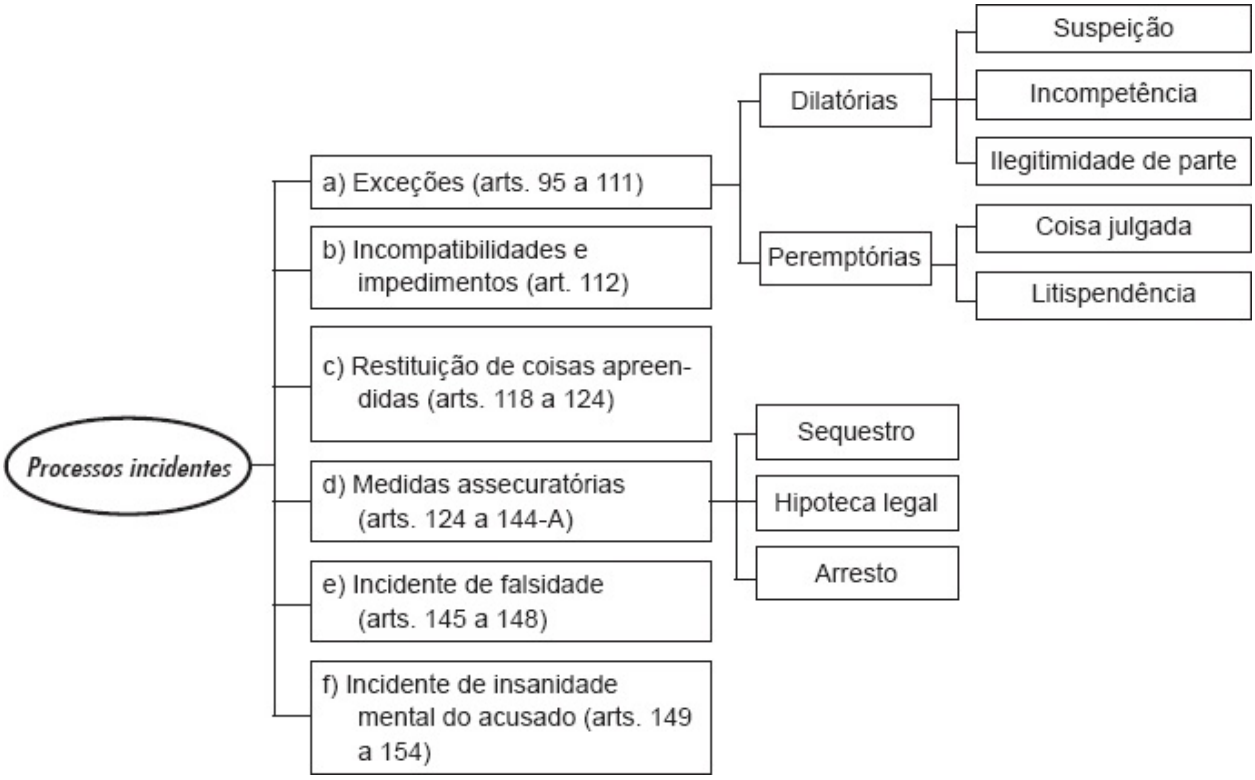
psiquiátrico, nos termos do art. 150 do CPP) e, se solto, no estabelecimento adequado que o juiz indicar (exemplo: hospitais, sanatórios etc.). O exame será realizado no prazo de **45 dias**, podendo ser prorrogado por igual prazo (art. 150, § 1.º, do CPP).

É importante observar que o juiz não julga o incidente, pois o seu resultado, materializado pelo laudo, constitui meio de prova cuja análise será feita no momento em que o juiz decidir o mérito da ação penal. A conclusão do laudo, por sua vez, não vincula a decisão do juiz podendo decidir contrariamente ao seu teor, desde que haja fundamentação (sistema da livre convicção do juiz).

De acordo com o art. 151 do CPP, se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável (inimputável) nos termos do art. 26 do CP, o processo prosseguirá, com a presença do curador. Mas se, em conformidade com o art. 152 do CPP, for verificado que a doença mental ocorreu depois da infração, o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça. Nesse caso, o juiz poderá ordenar a internação do acusado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado. Frise-se que, à luz do art. 319, VII, com a redação conferida pela recente Lei nº 12.403/2011, que deu novo tratamento às medidas cautelares pessoais (prisão e medidas alternativas à privação da liberdade), será admissível a 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.

Caso a insanidade mental do réu seja verificada durante o cumprimento da pena, pode o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, substituir a pena por medida de segurança, após a tramitação do incidente de insanidade, conforme dispõe o art. 183 da Lei 7.210/1984.

Importa registrar que se o laudo indicar a inimputabilidade do agente ao tempo do crime (momento da ação ou da omissão, ainda que outro tenha sido o do resultado – art. 4.º do CP), tocará ao juiz absolvê-lo com fundamento no art. 386, VI, do CPP (circunstância que isenta o réu de pena), aplicando-lhe medida de segurança (detentiva, se se tratar de infração penal punida com reclusão, ou restritiva, se cominada pena de detenção). A essa sentença, dá-se o nome de *absolutória imprópria*. Em sendo considerado semi-imputável, ao magistrado caberá avaliar se a aplicação de medida de segurança é recomendável ao caso, ou, como regra, procederá à diminuição da pena do acusado, nos termos do art. 26, parágrafo único, do CP.



6.3 QUESTÕES

1. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) No curso de uma investigação policial que apurava a ocorrência dos delitos de sonegação fiscal e evasão de divisas, o Procurador da República "X" requereu ao Juízo Federal Criminal medida assecuratória, já que obteve documentos que informavam os bens que teriam sido adquiridos pelo investigado com proventos da infração penal. O Juiz Federal decretou a medida assecuratória, que foi cumprida a contento. A partir do caso apresentado, assinale a alternativa que indica a medida assecuratória adotada.

a) Busca e Apreensão.

b) Arresto.

c) Sequestro.

d) Hipoteca Legal.

2. (XI Exame de Ordem Unificado – FGV) Em um processo em que se apura a prática dos delitos de supressão de tributo e evasão de divisas, o Juiz Federal da 4ª Vara Federal Criminal de Arroizinho determina a expedição de carta rogatória para os Estados Unidos da América, a fim de que seja interrogado o réu Mário. Em cumprimento à carta, o tribunal americano realiza o interrogatório do réu e devolve o procedimento à Justiça Brasileira, a 4ª Vara Federal Criminal. O advogado de defesa de Mário, ao se deparar com o teor do ato praticado, requer que o mesmo seja declarado nulo, tendo em vista que não foram obedecidas as garantias processuais brasileiras para o réu. Exclusivamente sobre o ponto de vista da Lei Processual no Espaço, a alegação do

advogado está correta?

a) Sim, pois no processo penal vigora o princípio da extraterritorialidade, já que as normas processuais brasileiras podem ser aplicadas fora do território nacional.

b) Não, pois no processo penal vigora o princípio da territorialidade, já que as normas processuais brasileiras só se aplicam no território nacional.

c) Sim, pois no processo penal vigora o princípio da territorialidade, já que as normas processuais brasileiras podem ser aplicadas em qualquer território.

d) Não, pois no processo penal vigora o princípio da extraterritorialidade, já que as normas processuais brasileiras podem ser aplicas fora no território nacional.

3. (OAB/Nacional 2009.I) Acerca de exceções, assinale a opção correta.

a) A exceção de incompetência do juízo, que não pode ser oposta verbalmente, deve ser apresentada, no prazo de defesa, pela parte interessada.

b) A parte interessada pode opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, devendo fazê-lo na primeira oportunidade em que tiver vista dos autos.

c) Podem ser opostas exceções de suspeição, incompetência de juízo, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada e, caso a parte oponha mais de uma, deverá fazê-lo em uma só petição ou articulado.

d) Tratando-se da exceção de incompetência do juízo, uma vez aceita a declinatória, o feito deve ser remetido ao juízo competente, onde deverá ser declarada a nulidade absoluta dos atos anteriores, não se admitindo a ratificação.

4. (OAB/Nacional 2007.II) Assinale a opção correta acerca do processo penal.

a) Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, salvo se já tiverem sido transferidos a terceiro.

b) Pode-se opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito.

c) A arguição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente.

d) Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas poderão ser restituídas, ainda que interessem ao processo.

5. (OAB/MG Abril/2008) O Código de Processo Penal adotou como medida cautelar de natureza patrimonial, EXCETO:

a) O sequestro.

b) A especialização de hipoteca.

c) O arresto.

d) O interdito.

6. (OAB/Nacional 2009.II) Assinale a opção correta a respeito da exceção de suspeição.

a) Sempre que houver arguição de suspeição de jurado no procedimento do tribunal do júri, deverá o juiz determinar a suspensão do processo principal até que se decida o incidente.

b) As partes não poderão arguir de suspeição os serventuários ou funcionários da justiça e os peritos não oficiais, pois tais servidores exercem atividade meramente administrativa.

c) Caso seja arguida a suspeição de membro do MP, a decisão caberá ao próprio juiz criminal

que conduz o processo principal.

d) Julgada procedente a exceção de suspeição do juiz pelo tribunal competente, o processo deverá ser remetido ao seu substituto, com aproveitamento dos atos já praticados no processo principal.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



PROVA

7.1 CONCEITO DE PROVA

De acordo com a doutrina do saudoso Prof. Julio Fabbrini Mirabete, “provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo” (op. cit. p. 256). A prova, assim, é o instrumento de verificação dos fatos relevantes para a decisão das questões controvertidas do processo.

É importante distinguir o *objetivo* (ou finalidade) da prova com o *objeto* da prova. O objetivo da prova, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, “é a formação da convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa” enquanto o objeto da prova “são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação” (op. cit. p. 222).

Alguns fatos **não precisam ser objeto de prova**, dispensando-se a sua produção. São eles:

a) os ***fatos notórios***, que são aqueles conhecidos e incontestados por toda a sociedade;

b) os ***fatos intuitivos*** (ou axiomáticos), que são aqueles que se apresentam de modo evidente por si mesmo (exemplo: um cadáver putrefato – não é necessário provar que a pessoa estava morta);

c) os ***fatos presumidos pela lei***, ou seja, aqueles tomados como verdadeiros pelo legislador, independentemente de prova (exemplo: presunção de violência nos crimes contra os costumes – art. 224, CP);

d) os ***fatos inúteis*** para a apuração da causa.

7.2 MEIOS DE PROVA E SUA ADMISSIBILIDADE

Meio de prova, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, "é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo" (op. cit. p. 225). O Código de Processo Penal prevê como meio de prova os seguintes instrumentos: o exame de corpo de delito e as perícias, o interrogatório do acusado, a confissão, as perguntas ao ofendido, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os indícios e a busca e apreensão.

Não há limitação dos meios de prova no processo penal brasileiro, em virtude do princípio da verdade real, o que nos faz concluir que os meios de provas não são exclusivamente aqueles previstos em lei, admitindo-se também as provas **inominadas**, tendo como exemplo destas últimas a chamada prova emprestada.

Para o prof. Antonio Scarance Fernandes, considera-se prova emprestada "aquela que é produzida num processo, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos neste; ou ainda, na definição clássica, aquela que já foi produzida juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão" (*Processo penal constitucional*., 3. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 340). Embora não expressamente prevista em lei, é o típico exemplo de prova inominada. Para a sua admissibilidade no processo é necessário que tenha sido produzida em processo formado entre as mesmas partes e, portanto, submetido ao contraditório.

Não se admitem, contudo, as provas proibidas pelo nosso ordenamento: as ilícitas e as ilegítimas. São ***ilícitas*** todas as provas que violarem normas legais de direito material como, por exemplo, as provas obtidas mediante tortura, mediante interceptação telefônica ilegal (fora das hipóteses da Lei 9.296/1996), incluindo-se, aqui, as violações às normas constitucionais, e ***ilegítimas*** todas aquelas que violarem regras de direito processual. Todavia, após a reforma processual penal de 2008, mais especificamente aquela parcela atinente às alterações promovidas ao capítulo das provas (Lei 11.690/2008), passa-se a

admitir como *prova ilícita* aquela violadora de *regras materiais* (constitucionais e infraconstitucionais, relativas a Direito Penal, até então chamadas de provas ilícitas) e processuais (até então denominadas como provas ilegítimas). Atualmente, não há mais razão para distinguir prova ilícita de prova ilegítima, já que a violação a regras constitucionais ou legais (aqui, tanto faz se de cunho material ou processual) acarretará a ilicitude da prova.

Acerca das provas ilícitas, trataremos melhor no item a seguir.

Por fim, resta consignar outro importante meio de prova, atualmente bastante difundido, qual seja a **interceptação das comunicações telefônicas**, regulamentada pela Lei 9.296/1996, que, para sua admissão, **deve observar os seguintes requisitos:** I – indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – que não exista outro meio de produzir a prova; III – que o crime seja apenado com reclusão. Trata-se, portanto, de meio de prova *subsidiário*, ou seja, somente se não houver outra maneira de ser provada a autoria é que será utilizado. O procedimento para a sua produção será sigiloso e correrá em autos apartados.

7.2.1 A vedação das provas obtidas por meios ilícitos. "Novidades" inseridas ao CPP pela Lei 11.690/2008

Embora o sistema processual penal brasileiro admita enorme variedade de meios probatórios, além dos previstos expressamente no CPP, é bem verdade que a Constituição Federal, em seu art. 5.º, LVI, declara a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Conquanto o tema já tivesse sido tratado pela Lei Maior, a Lei 11.690/2008 cuidou de inserir a disciplina das "provas ilícitas" no CPP, mais especificamente no art. 157, que assim passou a dispor: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Sobre a admissibilidade de prova derivada da ilícita, temos a *teoria dos frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisonous tree*), acolhida pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Segundo essa teoria, todas as provas lícitas cuja produção resultou de uma prova ilícita ficarão contaminadas, tornando-se, portanto, nulas. Como exemplo mais comum temos a situação de uma apreensão de substâncias entorpecentes numa residência decorrente de informações obtidas por intermédio de interceptação telefônica sem a

observância do procedimento previsto na Lei 9.296/1996 (a apreensão da droga seria uma *prova ilícita por derivação*).

A questão da prova ilícita por derivação (ou prova derivada), até então tratada pela doutrina e jurisprudência, ganha expressa regulamentação pela Lei 11.690/2008, que inseriu ao art. 157 o § 1.º: "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".

Assim, a prova derivada somente será admitida no processo se obtida de forma independente daquela ilicitamente obtida. Considera-se fonte independente, de acordo com o § 2.º, do referido dispositivo legal, "aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova".

Indagação relevante é aquela concernente à excepcional admissão de uma prova ilícita no processo penal. A vedação constitucional, e agora legal, das provas ilícitas, que devem ser desentranhadas do processo, entretanto, é mitigada pelo *princípio da proporcionalidade*, também acolhido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decorrente da *teoria do sacrifício*, que determina a realização de um juízo de ponderação pelo magistrado, diante do caso concreto, sobre qual a garantia fundamental em conflito com outra que deverá prevalecer (de um lado o direito constitucional de defesa do réu, e do outro a paz social). Assim, se diante de um caso concreto a interceptação telefônica ilegal tiver sido o único meio encontrado para tornar possível a apreensão das substâncias entorpecentes e a prisão dos criminosos, a referida prova pode ser admitida, viabilizando, dessa forma, a repressão do crime. No mesmo sentido, a prova ilícita produzida pelo réu para demonstrar a sua inocência, como, por exemplo, a interceptação telefônica ilegal e a violação de domicílio de outrem para a obtenção de documentos, deve ser admitida como lícita no processo, pelo fato de traduzir também hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude da conduta.

Finalmente, por força do já citado art. 157, § 1.º, do CPP, as provas reconhecidas como ilícitas deverão ser desentranhadas do processo e, ato seguinte, *serão inutilizadas por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente*. Portanto, se considerada ilícita determinada prova, deverá o magistrado, sem prejuízo de ordenar o seu desentranhamento dos autos, mandar inutilizá-la (ex.: incineração).

7.3 PRODUÇÃO DAS PROVAS

Em regra, a prova será produzida pelas partes (Ministério Público, querelante, acusado, ou querelado) e, excepcionalmente, pelo juiz (art. 156 do CPP) na fase da instrução criminal, com observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, para que possa proferir o julgamento. A atuação do magistrado, em matéria probatória, deve ser supletiva à das partes. Isso não impede que certas provas, como a testemunhal, sejam produzidas perante outra autoridade competente por intermédio de carta precatória, rogatória ou de ordem, e em qualquer fase do processo. Não vigorava no processo penal o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual a autoridade judicial que colhesse a prova seria aquela competente para decidir. Com a edição da Lei 11.719/2008, o art. 399, § 2.º, passou a ter a seguinte redação: "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença".

Ainda, fruto das recentes alterações do CPP, a "inércia" probatória do magistrado, que deve ser a regra, ganha novas feições. Vejamos o disposto no novo art. 156: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

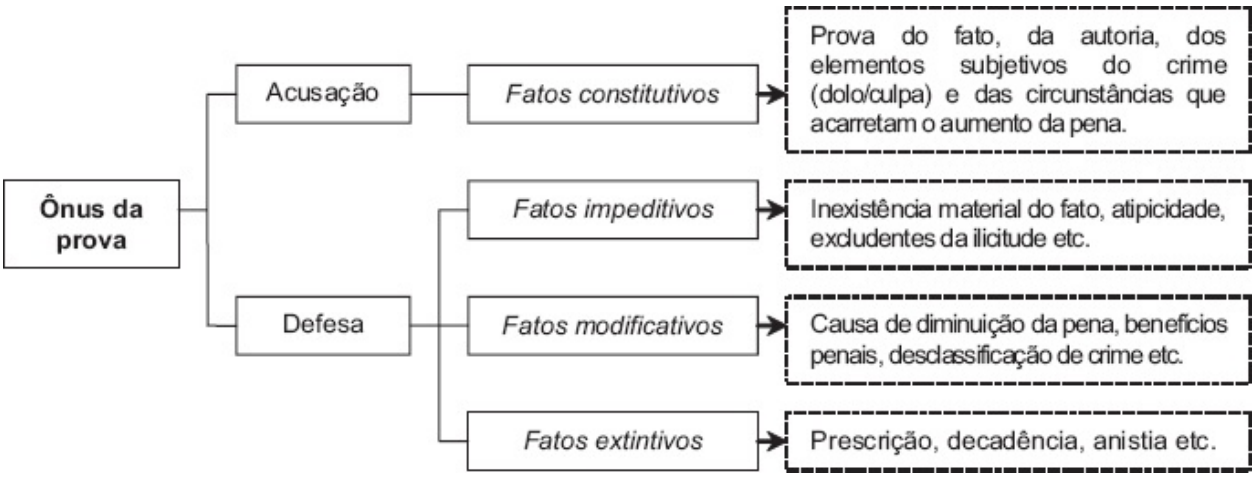
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

Trata-se de nítida inserção, no processo penal brasileiro, de traços de inquisitoriedade, vale dizer, o futuro órgão julgador, antes mesmo de iniciada a ação penal, poderá determinar a realização de provas urgentes e relevantes (inciso I do dispositivo legal acima transcrito). Cremos, contudo, que não poderá haver abuso por parte da autoridade judiciária, sob pena de a imparcialidade, essencial ao desenvolvimento de um processo justo (e legal), ser quebrada.

Quanto à sua produção, temos a figura do ônus da prova, que é a faculdade ou encargo da parte em demonstrar no processo a veracidade de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal. Dessa forma, a **acusação** deve provar os fatos *constitutivos* (prova do fato, da autoria, dos elementos subjetivos do crime – dolo/culpa – e das circunstâncias que acarretam o aumento da pena) e

a **defesa**, os fatos *impeditivos* (inexistência material do fato, atipicidade, excludentes da ilicitude etc.), *modificativos* (causa de diminuição da pena, benefícios penais, desclassificação de crime etc.) e *extintivos* (prescrição, decadência, anistia etc.) do direito de punir do Estado. Veja a seguir o resumo esquemático:



A regra do ônus da prova não é absoluta, pois o art. 156 do CPP, com a redação alterada pela Lei 11.690/2008, permite ao juiz 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 (inciso I) ou, ainda, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

7.4 SISTEMAS DE APRECIAÇÃO DAS PROVAS

Os sistemas, que podemos dividir em primitivo ou moderno, para a apreciação das provas sofreram profundas alterações com a evolução da justiça penal:

a) **sistema primitivo:**

- *sistema étnico* (ou “pagão”): segundo Julio Fabbrini Mirabete, nesse sistema “a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões do juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico” (op. cit. p. 265);
- *sistema religioso* (ou “ordálio”, ou “dos juízos de Deus”, ou “das provas irracionais”): nesse sistema a prova era entregue a um ser sobrenatural que decidia sobre a sua veracidade de acordo com o resultado de alguns desafios a que eram submetidas as partes. De acordo com esse sistema, o réu inocente que não se queimará quando submetido à prova do ferro em brasa teria sido absolvido por Deus;

b) **sistema moderno:**

- *sistema da prova legal* (ou da "certeza moral do legislador"): por ele, a cada prova seria atribuído um valor pelo legislador, não podendo o juiz dele se desvincular. As expressões "a confissão é a rainha das provas" e "a testemunha é a prostituta das provas" são típicas desse sistema. Os arts. 155, parágrafo único ("somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil" – inserido no parágrafo único por forças das alterações promovidas pela Lei 11.690/2008), e 158 ("quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado") do CPP representam os últimos resquícios desse sistema;
- *sistema da íntima convicção do juiz* (ou da "certeza moral do juiz"): nessa espécie o juiz tem ampla liberdade para a avaliação das provas segundo o seu íntimo convencimento sem que seja necessária a fundamentação da decisão. Esse sistema somente é adotado no procedimento do Tribunal do Júri, no qual os jurados apenas respondem "sim" ou "não" aos quesitos formulados sem fundamentar sua decisão;
- *sistema da livre convicção do juiz* (ou da "persuasão racional do magistrado", ou da "verdade real", ou do "livre convencimento"): esse sistema, que está previsto no art. 93, IX e X, da CF (que determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário deverão ser fundamentados, sob pena de nulidade), constitui regra para todo o ordenamento. Por ele, o juiz não está vinculado ao resultado das provas, podendo livremente formar seu convencimento desde que indique expressamente as razões que o levaram àquela decisão. Mesmo diante de uma prova técnica (pericial, por exemplo), será possível, desde que devidamente motivado, a discordância do magistrado, sob pena de o perito decidir a lide penal. Insta frisar que, de acordo com as recentes alterações do CPP, é vedado ao magistrado prolatar sentença baseado exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase de inquérito policial, nos termos do art. 155, *caput*, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.690/2008.

7.5 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

Doutrinariamente, as provas são classificadas de acordo com o seu objeto, valor e fonte.

Quanto ao seu ***objeto***, as provas podem ser *diretas*, quando por si só e com certeza demonstram o fato controvertido; e *indiretas*, quando precisam de uma ligação com outro fato para comprovar outro como, por exemplo, um álibi.

Quanto ao seu ***valor*** ou efeito, a prova pode ser *plena* (perfeita ou completa) ou *não plena* (imperfeita ou incompleta). Será plena quando for completa e convincente para a condenação, e não plena quando não for suficiente para esclarecer todas as dúvidas, sendo, portanto, insuficiente para a condenação.

Quanto à ***fonte***, a prova pode ser *pessoal*, em que se envolvem declarações, como o interrogatório; e *real*, a que versa sobre objetos, como a arma do crime, por exemplo.

7.5.1 Exame do corpo de delito e perícias em geral. Novidades inseridas ao CPP pela Lei 11.690/2008

Corpo de delito, segundo Julio Fabbrini Mirabete, "é o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, a materialidade do crime, aquilo que se vê, apalpa, sente, em suma, pode ser examinado através dos sentidos". O corpo de delito não deve ser confundido com o *exame de corpo de delito*, que se refere à atividade realizada pelos peritos para a comprovação dos vestígios materiais deixados pela infração (op. cit. p. 271).

O exame de corpo de delito pode ser direto ou indireto. O direto é efetuado sobre o objeto do delito (ex.: cadáver, documento etc.) e o indireto é aquele realizado a partir de informações prestadas por testemunhas. Às vezes tal exame fica impossibilitado de ser realizado, como nas infrações que não deixam vestígios (*delicta facti transeuntis*) ou naquelas em que esses desaparecem. **Somente nestas hipóteses**, o exame pode ser dispensado e substituído por um exame indireto, que em regra é realizado por meio da oitiva de testemunhas.

As ***perícias*** são realizadas tanto na fase do inquérito como no curso da ação penal e ***sempre por perito oficial***, **portador de diploma de curso superior**. Até a edição da Lei 11.690/2008, a lei exigia que o exame pericial fosse realizado por dois peritos oficiais. Andou bem o legislador ao prescrever que o exame pericial será realizado por um só perito oficial, especialmente pelo quadro deficitário de expertos, bem como pelo dispêndio de tempo. Todavia, em caso de inexistir no local perito oficial, deverá o magistrado designar **duas pessoas idôneas** (e não uma apenas), as quais, portadoras de curso superior, prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo que lhes seja cometido (art. 159, §§ 1.º e 2.º).

Os exames de corpo de delito ***serão realizados obrigatoriamente, sob pena de nulidade, se a infração deixar vestígios*** (*delicta facti permanentis*), não podendo supri-los a confissão do acusado (art. 158 do CPP).

Novidade interessante inserida à prova pericial no processo penal é a possibilidade de as partes formularem quesitos e indicarem **assistentes técnicos**, o que se revelava possível apenas no processo civil. Este é o teor dos §§ 3.º e 4.º do art. 157 do CPP, respectivamente: a) serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico; b) o assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do

laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação (§ 6.º).

Ainda, tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico (§ 7.º).

De acordo com a Súmula 361 do STF, "no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado anteriormente na diligência de apreensão".

O verbete encontra-se parcialmente revogado pelo atual art. 159, que prevê que o exame de corpo de delito seja realizado por apenas um perito oficial. No entanto, a segunda parte da súmula permanece íntegra (o perito que houver participado da diligência de apreensão dos vestígios deixados pela infração penal considera-se impedido para realizar o exame pericial).

Em regra, os peritos são nomeados pelo próprio juiz que preside a instrução do processo. Entretanto, no exame determinado por meio de carta precatória, a nomeação dos peritos far-se-á pelo juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de ação privada, acordo das partes, essa nomeação poderá ser feita pelo juízo deprecante, conforme autoriza o art. 177 do CPP. Após a análise do perito (tanto oficial como não oficial), será elaborado, no prazo máximo de dez dias (podendo haver prorrogação, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos – art. 160 do CPP), um laudo contendo minuciosa descrição acerca de tudo o que foi examinado, bem como as respostas aos quesitos formulados.

De acordo com o § 5.º do art. 159 do CPP, modificado pela Lei 11.690/2008, durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

No tocante à prova pericial, existem dois sistemas de apreciação do respectivo laudo: o *vinculatório*, pelo qual o juiz não pode deixar de aceitar o seu conteúdo,

estando, portanto, vinculado à sua conclusão; e o *liberatório*, segundo o qual o magistrado não está adstrito à conclusão do laudo, podendo rejeitá-lo no todo ou em parte e desde que haja fundamentação. O art. 182 do CPP adotou o *sistema liberatório*, até mesmo em razão de o sistema de apreciação das provas adotado pelo nosso ordenamento jurídico ser o do livre convencimento motivado.

O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora, sendo aconselhável realizá-lo logo que a autoridade tenha conhecimento da infração (será mais precisa a perícia se realizada próxima da consumação do delito). A única exceção existe em relação ao exame necroscópico (ou autópsia, ou necropsia), que deve ser realizado pelo menos ***seis horas*** depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feito antes daquele prazo, o que declararão no auto (art. 162 do CPP). Na hipótese de lesão corporal grave em razão da incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de 30 dias, deverá ser realizado um outro exame, chamado de *complementar*, após o trigésimo dia (art. 129, § 1.º, I, do CP e art. 168, § 2.º, do CPP), sob pena de não ficar caracterizada a lesão corporal grave ou gravíssima.

Os peritos, como sujeitos auxiliares da Justiça, também são passíveis de suspeição.

7.5.2 Interrogatório do acusado. As novidades inseridas pela Lei 11.900/2009 (videoconferência)

O interrogatório do acusado, até o advento da Lei 10.792/2003, era ato privativo do juiz (ou seja, que não sofre interferência das partes), tendo por objetivo a oitiva do acusado acerca da imputação que lhe é feita, sendo ao mesmo tempo um meio de prova para a acusação e um meio de defesa do acusado. Pode ser realizado a qualquer tempo não obstante a fixação dos momentos em que deve ser normalmente efetuado: no flagrante delito; no inquérito policial; em audiência de instrução e julgamento; nos procedimentos ordinário, sumário e do júri; ao término da instrução, tal como já se verificava no Juizado Especial Criminal; no plenário do Júri e nos tribunais.

As características do interrogatório são: a) ato personalíssimo, no qual somente o réu pode ser interrogado; b) ato produzido oralmente (mas deve ser reduzido a termo); c) ato não sujeito à preclusão, que permite ao juiz a sua realização ou renovação até o trânsito em julgado da sentença; d) ato individual,

ou seja, havendo mais de um réu, cada um deles deverá ser interrogado separadamente; e) ato público, podendo ser restringido somente na hipótese prevista no art. 792, § 1.º, do CPP.

A Lei 10.792/2003 trouxe sensíveis modificações no interrogatório do acusado.

Contudo, as grandes mudanças desse meio de prova (e de defesa) foram feitas pela Lei 11.900, de 8 de janeiro de 2009, inserindo no CPP a possibilidade de ser realizado por videoconferência, após o STF haver declarado inconstitucional a Lei 11.819/2005, do Estado de São Paulo, que permitia que se realizasse o interrogatório com o uso de recursos tecnológicos que não exigissem a presença física do réu em audiência.

Vejamos as novidades.

7.5.2.1 O interrogatório por videoconferência. O novo art. 185 do CPP

Em conformidade com 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.

De acordo com a Lei 11.900, de 8 de janeiro de 2009, 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*** (art. 185, § 1.º). Portanto, será de rigor que, em caso de interrogatório do acusado preso no estabelecimento prisional em que se encontrar, lhe seja assegurada a presença de seu defensor (decorrência lógica do princípio constitucional da ampla defesa – direito de defesa técnica), bem como a publicidade do ato (todas as audiências, resguardado o segredo de justiça, devem ser públicas, sob pena de nulidade – art. 93, IX, da CF).

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. Eis o que consta no § 2.º do aludido art. 185. Esta é a grande novidade no capítulo do interrogatório.

De imediato já se consegue constatar, da própria redação do dispositivo legal, que o interrogatório por videoconferência ou qualquer outro recurso tecnológico é ***medida excepcional***, que exigirá a necessária fundamentação do magistrado.

Ademais, tal forma de interrogatório será determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes (acusação e defesa).

Ainda quanto à excepcionalidade da medida, somente será realizado o interrogatório por videoconferência nas seguintes hipóteses, todas elas descritas no § 2.º do art. 185 do CPP: I – *prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento*; II – *viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal*; III – *impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código*; IV – *responder à gravíssima questão de ordem pública*.

Como se vê, os incisos acima transcritos constituem as **finalidades** de o interrogatório do réu ser realizado por videoconferência.

Importante ressaltar que o uso de recursos tecnológicos para a realização do meio de prova (e de defesa) em questão não poderá surpreender as partes, vale dizer, realizar-se sem sua ciência. É o que consta no § 3.º do art. 185: "Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência".

De acordo com o § 4.º, "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". Com tal medida o legislador, adaptando a nova sistemática na realização de audiências nos processos criminais (audiências unas), determina que, em caso de interrogatório por videoconferência, que deverá ocorrer como ato de encerramento da audiência de instrução, o acusado acompanhe a colheita de toda a prova oral também pelo mesmo sistema tecnológico. Assim não fosse, estaria eivado o processo de nulidade, já que o princípio da ampla defesa compreende o direito de presença do acusado a todos os atos do processo, especialmente os instrutórios.

"Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o 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". Eis o

que dispõe o § 5.º. Da leitura do dispositivo, vê-se a necessidade de o acusado contar com dois advogados em caso de interrogatório por videoconferência: um que o esteja acompanhando no local em que se encontrar (ex.: réu interrogado por videoconferência no interior de um estabelecimento prisional que conte com todo o aparato tecnológico) e outro na sala de audiência no juízo em que tramitar o processo-crime. Neste caso, deve-se garantir que os advogados falem entre si, a fim de que se possam realizar todas as perguntas necessárias que assegurem o exercício da ampla defesa do réu, bem como a este seja garantido o acesso ao advogado que se encontre na sala de audiência no fórum, também por algum meio de comunicação (ex.: telefone).

De acordo com o § 6.º, "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".

À evidência, em caso de não ser realizado o interrogatório do réu diretamente no presídio em que se encontrar (ex.: por falta de segurança ou local apropriado), ou por videoconferência, sua apresentação será requisitada, a fim de que compareça em juízo (§ 7.º). Aqui o interrogatório será presencial.

De acordo com a redação dada ao art. 186 pela Lei 10.792/2003, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório (presencial ou por videoconferência), do seu direito de permanecer calado e de não responder as perguntas que lhe forem formuladas. O parágrafo único, consolidando a garantia constitucional (art. 5.º, LXIII, da CF), acrescenta que o silêncio do réu não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a **pessoa** do acusado e sobre os **fatos** (art. 187, *caput*).

Na primeira parte, o interrogando será perguntado sobre a sua residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais (art. 187, § 1.º).

Na segunda parte do ato, o acusado será perguntado sobre (§ 2.º):

I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV – as provas já apuradas;

V – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII – se tem algo mais a alegar em sua defesa.

De acordo com o art. 188, após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. As partes, agora, possuem o direito de, ao final do interrogatório, apontar para o juiz questões que merecem ser esclarecidas.

Caso o réu confesse a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quem são elas (art. 190).

Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente, acentuando a sua característica de ato individual (art. 191).

Até mesmo o interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo ganhou nova disciplina, após a edição da Lei 10.792/2003, sendo realizado da seguinte forma (art. 192):

I – ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II – ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III – ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo (parágrafo único).

Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete (art. 193). Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo (art. 195).

É importante destacar que a todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes (art.

196), como inegável consequência do princípio da verdade real.

É sabido que o acusado não pode ser condenado com base em seu silêncio, que não equivale à confissão. Porém, é perfeitamente possível que esse silêncio, considerado como mais um sinal ou elemento de prova, ao lado de outros tantos elementos probatórios, possa ser considerado pelo magistrado quando de seu convencimento pessoal sobre a responsabilidade criminal do acusado. Nada impede o acusado de mentir durante o interrogatório, já que ele, diferentemente da testemunha, não presta compromisso de dizer a verdade. Basta lembrarmos do princípio geral de quem ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Entretanto, o réu tem direito de silenciar apenas quando as perguntas forem relativas ao interrogatório de mérito, pois caso haja recusa em responder as perguntas relativas à sua identificação, o fato poderá ser caracterizado como contravenção penal, conforme o art. 68 da Lei das Contravenções Penais. Neste momento processual, parte da doutrina e jurisprudência garantistas asseguram a não ocorrência do crime do art. 307 do CP se o réu atribuir-se falsa identidade para ocultar antecedentes criminais ou, por exemplo, mandados de prisão.

A falta do interrogatório, quando for possível a realização deste no curso do processo penal, acarreta a nulidade do processo.

Importante esclarecer que o meio de prova (e de defesa) ora analisado consagra e materializa o princípio da ampla defesa, constitucionalmente assegurado. Referido princípio divide-se em: a) *autodefesa* e b) *defesa técnica*. A *autodefesa*, por sua vez, é formada pelo *direito de audiência* (direito de ser ouvido, vale dizer, de ser interrogado e de fornecer sua versão para os fatos contidos na acusação) e pelo *direito de presença* (direito de o réu estar presente a todos os atos realizados em juízo). Já a *defesa técnica* consiste na obrigatória e irrenunciável intervenção de profissional habilitado (advogado, defensor público ou procurador do estado, onde não houver defensoria pública) durante o desenvolvimento da ação penal.

Importa registrar que o STF, em recente decisão, reconheceu a inconstitucionalidade do interrogatório por videoconferência realizado com fundamento em lei estadual (ex.: Lei n. 11.819/2005, do Estado de São Paulo), dentre outros motivos por usurpação de competência legiferante da União para tratar de processo penal.

Quanto à nova forma de realização de interrogatório por videoconferência, não se sabe ainda qual será a interpretação dos tribunais, especialmente os

superiores (STJ e STF). Contudo, ainda podemos vislumbrar possível inconstitucionalidade, não mais por usurpação de competência (ex.: lei estadual disciplinando matéria processual penal, o que confronta o art. 22, I, da CF – competência privativa da União para legislar sobre processo penal), mas, ainda, por ofensa ao princípio da ampla defesa.

Cremos que o direito de presença do réu, de índole constitucional (art. 5.º, LV, da CF), assegura a todos os acusados em geral o exercício da ampla defesa, com todos os **meios e recursos** a ela inerentes. A ouvida do acusado por qualquer meio tecnológico pode influir diretamente na busca da verdade real. A presença física, decerto, não pode ser substituída, segundo cremos, pela tecnologia, por mais avançada que seja. Nada substitui o "olho no olho", não apenas pelas reações do ser humano, estudadas, inclusive, pela psicologia, mas a necessária espontaneidade do réu, bem como a segurança em estar defronte ao juiz que irá proferir sentença (identidade física do juiz – art. 399, parágrafo 2.º, do CPP).

Ainda que o interrogatório por videoconferência possa ter o condão de trazer economia aos cofres públicos, é certo que deve preponderar, ainda mais em um processo penal, a liberdade, mesmo que em detrimento ao erário.

Esperemos a decisão dos tribunais acerca do tema.

7.5.3 Confissão

A confissão ocorre quando, em juízo, uma das partes reconhece como verdade os fatos que lhe são imputados e capazes de acarretar-lhe consequências jurídicas desfavoráveis.

A confissão é conhecida como um "testemunho duplamente qualificado", pois objetivamente recai sobre fatos contrários ao interesse de quem confessa, e subjetivamente provém do próprio réu e não de terceiros.

Quanto às espécies, a confissão pode ser simples, complexa ou qualificada. Será *simples* quando o autor do fato criminoso reconhecer como verdadeira a acusação que lhe é imputada na denúncia, sem nada mencionar a mais, aceitando-a pura e simplesmente. Será *complexa* quando o réu confirmar a prática do fato descrito na denúncia, atribuindo-lhe, ainda, a autoria de outros crimes não descritos. Será *qualificada* quando o autor confirmar a prática criminosa e invocar alguma causa de exclusão da ilicitude, como a exclusão da antijuridicidade, por exemplo. Será *judicial* quando prestada perante autoridade jurisdicional competente e *extrajudicial* quando prestada no inquérito policial ou

fora dos autos da ação penal.

Denomina-se *confissão delatória* (ou *delação*, ou *chamada de corréu*) aquela em que o réu, além de admitir a prática da infração, também incrimina terceiro. A doutrina e jurisprudência dão grande força probatória à delação, mormente porque, em tese, o réu que confessa a autoria de um ilícito penal e, ao mesmo tempo, também o atribui a terceiro, não procura eximir-se da responsabilidade penal, ganhando, portanto, grande relevo.

Pode ser classificada ainda como explícita e implícita. A confissão *explícita* ocorre quando o confitente reconhece, às claras, espontaneamente a autoria e a materialidade do delito, sendo que a *implícita* ocorre quando o indivíduo, embora não admita expressamente a acusação, pratica atos compatíveis com aquele que confessa a prática do delito, como, por exemplo, quando efetua o ressarcimento do dano ao ofendido. A confissão implícita não vale como prova direta, mas apenas como prova indiciária.

De acordo com o art. 200 do CPP, a ***confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto*** (ou seja, para que a confissão tenha valor é necessário que seja compatível com as outras provas produzidas). É retratável à medida que a pessoa que a fez pode desdizer-se, ou seja, arrepender-se do que disse. Nesse caso, o juiz não pode, sob pena de cercear a defesa, deixar de realizar um novo interrogatório. É divisível pelo fato de poder ser aceita em relação a um dos crimes e recusada para os demais. Para que seja válida, a confissão deve ser livre e espontânea. Lembre-se de que a confissão, quando a infração penal deixar vestígios, não poderá suprir o exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos termos do art. 158 do CPP.

7.5.4 Declarações do ofendido

O *ofendido* é a pessoa titular do direito lesado ou colocado em perigo no crime, mesmo que o crime seja contra a Administração Pública.

De acordo com o art. 201 do CPP, sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. ***Sendo intimado para tais esclarecimentos, o ofendido que, sem motivo justo, deixar de comparecer, poderá ser conduzido à presença da autoridade*** (§ 1.º). É a denominada condução coercitiva.

O ofendido não é testemunha (não podendo ser computado como tal) e também não presta compromisso de dizer a verdade em virtude do seu interesse na condenação do réu, muitas vezes motivado pelos sentimentos de ódio e vingança (acentuando a parcialidade de suas declarações); portanto, ***presta declarações*** e não depoimento. Assim, quando mente em juízo não pratica crime de falso testemunho (art. 342 do CP), mas pode eventualmente praticar os crimes de comunicação falsa de crime ou contravenção penal (art. 339 do CP) e denunciação caluniosa (art. 340 do CP).

Em determinados crimes, as declarações da vítima ganham enorme força probatória, como, por exemplo, nos crimes sexuais (estupro, atentado violento ao pudor etc.), que, em regra, são praticados às escondidas. Porém, a palavra da vítima deverá ser cotejada com outros elementos de prova para que se possa condenar o réu.

Importante mencionar que o meio de prova em comento ganhou novos contornos por conta da edição da Lei 11.689/2008. A seguir, faremos um resumo das novidades inseridas no art. 201 do CPP:

a) 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 (§ 2.º);

b) as comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico (§ 3.º);

c) antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido (§ 4.º);

d) se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado (§ 5.º);

e) o juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação (§ 6.º).

Cremos que as inovações são muito importantes para a vítima, que passa mais fortemente a ser encarada pela lei como objeto de tutela do Direito Penal.

Finalmente, com a edição da Lei 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que alterou o capítulo do interrogatório no processo penal, doravante torna-se possível, caso a vítima de um crime se encontre presa, que, caso arrolada no processo penal para ser ouvida, o seja por videoconferência. Vejamos o que dispõe o art. 185, §§ 8.º e 9.º, do CPP: a) aplica-se o disposto nos §§ 2.º a 5.º 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; b) na hipótese do § 8.º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.

7.5.5 Testemunhas

Testemunho, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, "é a declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o magistrado penal por uma pessoa (testemunha) distinta dos sujeitos principais do processo penal sobre percepções sensoriais recebidas pelo declarante, fora do processo penal, a respeito de um fato passado e dirigida à comprovação da verdade" (op. cit. p. 297). A testemunha, assim, é aquela pessoa que declara em juízo seu conhecimento a respeito do fato, não devendo manifestar suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato (art. 213 do CPP).

Como já visto, a testemunha presta compromisso de dizer a verdade perante o juiz, sendo que o falso testemunho o sujeita às penas do art. 342 do CP. De acordo com § 2.º, com a redação alterada pela Lei 10.268/2001, o fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Toda pessoa poderá ser testemunha (inclusive crianças e incapazes) devendo, na ocasião do depoimento, declarar seu nome, idade, estado civil, residência, profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, além de relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (art. 203 do CPP).

O Código de Processo Penal limita o número de testemunhas com o intuito de impedir a procrastinação do processo. Dessa forma, prevê a lei, de acordo com o processo, um número máximo de testemunhas que podem ser arroladas pela acusação e pela defesa, qual seja:

I – no procedimento ordinário e na primeira fase do procedimento do júri a acusação e a defesa podem arrolar, cada uma, até oito testemunhas por fato criminoso;

II – no plenário do júri (2.ª fase do procedimento) são admitidas cinco testemunhas por fato criminoso;

III – no procedimento sumário o número máximo também é de cinco testemunhas por fato criminoso;

IV – no procedimento sumaríssimo (Juizados Especiais Criminais), pelo fato de a Lei 9.099/1995 não ter

especificado o número máximo de testemunhas, a doutrina e a jurisprudência entendem que deverão ser arroladas no máximo ***cinco*** testemunhas, tratando-se de crimes (mesmo na hipótese de concurso de crimes); e ***três*** testemunhas quando se tratar de contravenção penal.

É importante observar que nesse número não são incluídas: a) as testemunhas *referidas* (que são as pessoas mencionadas no depoimento de outras testemunhas), b) as pessoas que não prestam compromisso, previstas no art. 206 do CPP (*informantes*), c) as testemunhas cujos fatos relatados não sejam interessantes para a decisão da causa. São as chamadas testemunhas extranumerárias (além do número estipulado em lei). Se quiser, o juiz poderá ouvi-las, mesmo sem a provocação das partes. Daí serem chamadas de testemunhas do juízo. A vítima (ou ofendido), quando depõe, não é considerada testemunha.

Segundo o art. 204 do CPP, o depoimento sempre será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito, o que não impede que ela consulte breves anotações durante seu depoimento.

A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. ***Poderá, entretanto, recusar-se a fazê-lo***, de acordo com o art. 206 do CPP, o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado judicialmente, o irmão e o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias (estas pessoas também estão isentas do compromisso de dizer a verdade).

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. *Função* é a atividade de natureza pública (exemplo: tutor, curador, diretor de hospital etc.); *ofício* é a atividade de natureza predominantemente manual (exemplo: sapateiro, marceneiro); *ministério* é a atividade de cunho eclesiástico ou assistencial (exemplo: sacerdotes, freiras etc.); e *profissão* é a atividade predominantemente intelectual (exemplo: advogados, médicos etc.).

Não se deferirá o compromisso de dizer a verdade aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206 do CPP, que serão ouvidas, portanto, como *informantes*. Logo, seus depoimentos devem ser recebidos com cautela pelo magistrado. Afinal, sequer prestam compromisso.

As testemunhas serão inquiridas uma de cada vez e isoladamente, de modo

que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho, de acordo com o disposto no art. 210 do CPP. Para assegurar a incomunicabilidade das testemunhas, antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados, nos termos do novo parágrafo único, inserido pela Lei 11.690/2008.

As partes poderão *contraditar* a testemunha (logo após a qualificação) ou arguir circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé, conforme estabelece o art. 214 do CPP (nesse último caso, a contradita é denominada *arguição de defeito*). A contradita, portanto, é o mecanismo processual adequado para a arguição de suspeição da testemunha a ser apresentado no momento oportuno, sob pena de preclusão.

Importante alteração no tocante à prova testemunhal é a inserção, no sistema processual penal brasileiro, do *cross examination*, adotado, por exemplo, nos EUA, em substituição ao sistema presidencialista, até então adotado. Até o advento da já citada Lei 11.690/2008, as perguntas das partes eram dirigidas ao juiz, que as formulava à testemunha (sistema do exame judicial ou presidencialista). Todavia, com a nova redação do art. 212, as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, encerrando-se, pois, o sistema presidencialista de audiência, substituído pelo já referido *cross examination* (as partes inquirem a testemunha diretamente, sem intermediação do juiz). Muito embora não caiba mais ao magistrado a formulação das questões das partes às testemunhas, é certo que não admitirá aquelas que puderem induzir a resposta, que não tiverem relação com a causa ou que importarem em repetição de outra já respondida.

Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Trata-se de novidade também inserida ao CPP pela Lei 11.690/2008, que permite que, se a testemunha ou vítima se sentirem humilhadas, com medo ou constrangidas de prestarem depoimento ou declarações na presença do réu, sejam inquiridas por sistema eletrônico (videoconferência). Somente se esta forma digital não for possível de ser realizada, o réu sairá do recinto de audiência, permanecendo, contudo, seu defensor.

O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz

e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos.

Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua condução coercitiva, poderá aplicar multa, determinar o pagamento das diligências ou, ainda, responsabilizá-la por crime de desobediência (art. 219 do CPP). As pessoas impossibilitadas por enfermidade ou por velhice de comparecer para depor serão inquiridas onde estiverem.

De acordo com o art. 221 do CPP, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

Apenas o Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, ser-lhes-ão transmitidas por ofício (art. 221, § 1.º, do CPP). Nesse caso, não há que se falar na oralidade que, em regra, rege a colheita dos depoimentos.

A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável para o seu cumprimento, devendo as partes ser intimadas sobre o feito. A expedição da carta precatória não suspenderá a instrução do processo (art. 222, § 1.º, do CPP). Nessa hipótese, é importante conhecer o conteúdo da Súmula 273 do STJ: “intimada a defesa da expedição de carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

Novidade, acerca da inquirição de testemunhas por precatória, foi inserida pela Lei 11.900, de 8 de janeiro de 2009. A partir de agora, será possível que, na hipótese prevista no *caput* do art. 222, a oitiva de testemunha seja realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Os mesmos meios tecnológicos podem ser utilizados se a testemunha estiver presa e houver sido arrolada pelas partes para prestar depoimento, ou se tiver que

reconhecer pessoas ou coisas, ou participar de acareação (art. 185, § 8.º, do CPP, com o novo tratamento que lhe foi dado pelo diploma legal acima referido).

Por derradeiro, em caso de testemunha residente no estrangeiro, em local sabido, será necessária a expedição de carta rogatória, cumprida pelas vias diplomáticas. Todavia, o magistrado somente irá deferir a expedição de rogatória para oitiva de testemunha se demonstrada previamente a imprescindibilidade da medida pela parte requerente, devendo esta arcar com os custos de envio. Este é o teor do novo art. 222-A do CPP, inserido pela Lei 11.900/2009.

Quanto à testemunha residente em outro país arrolada pelo réu, a redação do já referido art. 222-A parece colidir com o princípio constitucional da ampla defesa, caso levada ao pé da letra. Afinal, se requerida a expedição de rogatória pelo acusado, como poderá ele demonstrar judicialmente, por exemplo, que o depoimento a ser prestado pela testemunha é imprescindível? Como poderá antecipar os esclarecimentos que serão prestados pela testemunha, provando ao juiz que são imprescindíveis?

Assim, embora o cumprimento de uma carta rogatória seja, de fato, custoso, é certo que o réu não poderá ver a colheita de prova oral negada pelo motivo indicado na lei (prévia demonstração da imprescindibilidade da medida), até pelo fato de não ser possível ao réu fazer prova de fato negativo (ex.: se a testemunha fosse ouvida, poderia ter sido absolvido).

Imagine que o réu arrole testemunha residente nos EUA, afirmando ao juiz que, na data dos fatos, estava em sua companhia, razão pela qual não poderia ter matado o réu, que se encontrava no outro lado da cidade. Logo, mais do que plausível a oitiva da testemunha. Cremos que a expedição de rogatória não poderá ser negada. Todavia, não poderá o juiz, para analisar a imprescindibilidade da medida, determinar ao réu que demonstre que a testemunha se encontrava em sua companhia na data do crime. Tal prova seria, repita-se, impossível no mais das vezes.

Assim, a prévia demonstração de ser a expedição da rogatória imprescindível deve ser exigida com parcimônia, sob pena de cerceamento de defesa. Apenas para afirmarmos a possibilidade de utilização do novel dispositivo, poderia o juiz indeferir a expedição de rogatória se outro meio de prova pudesse suprir o depoimento da testemunha, ou mesmo se o réu afirmasse, por exemplo, que esta não se encontrava no local dos fatos na data do crime.

7.5.6 Reconhecimento de pessoas e coisas

De acordo com o art. 226 do CPP, quando houver necessidade, o *reconhecimento de pessoas* será feito da seguinte forma:

I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-las;

III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

O parágrafo único do aludido artigo determina que o disposto no inciso III não terá aplicação em qualquer das fases do procedimento do tribunal do júri.

A jurisprudência admite com restrições o *reconhecimento fotográfico* devendo ser utilizado apenas quando não for possível o reconhecimento pessoal e desde que observado, ainda, o procedimento previsto no art. 226 do CPP. Julio Fabbrini Mirabete destaca que “por ter um valor relativo e possuir um caráter precário que pode conduzir a um lamentável engano, o reconhecimento fotográfico, isoladamente, não pode fundamentar uma decisão condenatória” (op. cit. p. 309).

Para o reconhecimento de objetos, o procedimento a ser adotado é o mesmo do previsto para o reconhecimento de pessoas, naquilo que for compatível (art. 227 do CPP).

O Código de Processo Penal não previu o reconhecimento fotográfico. Embora não esteja explicitamente previsto em lei, é certo que não é vedado. Porém, deve-se atentar que se trata de meio de prova bastante precário, que pode conduzir a erros gravíssimos, mormente quando inexistirem outros elementos de prova nos autos a apontar a autoria delitiva.

7.5.7 Acareação

A *acareação*, segundo Julio Fabbrini Mirabete, “é o ato processual consistente na confrontação das declarações de dois ou mais acusados, testemunhas ou ofendidos, já ouvidos, e destinado a obter o convencimento do juiz sobre a verdade de algum fato em que as declarações dessas pessoas forem divergentes” (op. cit. p. 310).

Dispõe o art. 229 do CPP que a acareação pode ser feita entre acusados, entre acusados e testemunhas, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes. Os acareados, caso ainda persista a dúvida, serão reperguntados para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação (parágrafo único). É também um meio de prova no qual o juiz procurará esclarecer a real verdade dos fatos.

Dois são os requisitos da acareação: I – que as pessoas a serem acareadas tenham prestado depoimento perante o mesmo juízo e sobre os mesmos fatos e circunstâncias; II – que o fato divergente seja relevante.

A acareação pode ser feita tanto na fase do inquérito policial quanto na instrução criminal (art. 6.º, VI, do CPP) e, quando as pessoas estiverem em comarcas distintas, poderá ser realizada por intermédio de carta precatória (art. 230 do CPP).

7.5.8 Prova documental

Documento é todo o escrito, instrumento ou papel público ou particular, que condensa graficamente o pensamento de alguém, a prova de um fato ou a realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica. Instrumento, vale destacar, é todo o documento confeccionado para provar a prática do ato nele representado.

O documento pode ser *público*, quando for elaborado por funcionário público no exercício de suas atribuições, ou *particular*, quando elaborado por qualquer outra pessoa (que pode ser o funcionário público que não esteja no exercício de suas atribuições). O art. 297, § 2.º, do CP equipara, para os efeitos penais, a público todo o documento emanado de ente paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

Os requisitos indispensáveis dos documentos são: *verdade* e *autenticidade*. A verdade refere-se à existência real do que está contido ou relatado no instrumento. A autenticidade é a certeza legal de que o escrito partiu da pessoa a quem o documento é atribuído.

Em regra, os documentos são apresentados pelas partes (Ministério Público, querelante, acusado, querelado), mas o juiz pode determinar a apresentação de

documentos aos autos, art. 234 do CPP (princípio da verdade real).

Segundo o art. 231 do CPP, salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo. A juntada pode ocorrer mesmo após a conversão do julgamento em diligência, visto que não se pode prejudicar a prova por meio de prazos e atos próprios para a sua apresentação. Porém, o art. 479 do CPP, alterado pela Lei 11.689/2008, impede que nesse mesmo procedimento se proceda à produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária e tenha sido juntado aos autos com antecedência de pelo menos três dias. A violação aos referidos dispositivos importará no reconhecimento de prova ilegítima, portanto, vedada.

A fotocópia autenticada de cheque, para fins do exame de corpo de delito em crime de estelionato, art. 171 do CP, vale pelo original.

Os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo da sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou na falta deste, por pessoa idônea nomeada pela autoridade. As cartas particulares, obtidas por meio criminoso ou fraudulento, não poderão ser exibidas em juízo (art. 233 do CPP e art. 5.º, XII, da CF). O juiz também poderá requisitar, caso haja necessidade, a ficha médica contra quem se atribui a prática do crime de aborto.

Se qualquer das partes entender que um documento juntado aos autos é falso, deverá suscitar a instauração da exceção de falsidade documental (vide capítulo 6 – Questões e processos incidentes).

7.5.9 Indícios

De acordo com o art. 239 do CPP, considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

O indício e as presunções são espécies de provas indiretas. Vale recordar que provas indiretas são aquelas cuja representação do fato ou circunstância a se provar ocorre por meio de uma construção lógica. A presunção, que não se confunde com o indício, é um conhecimento fundado sobre a ordem normal das coisas e que dura até prova em contrário.

O álibi, que significa etimologicamente “em outra parte”, “em outro local”, representa toda alegação fática feita pelo acusado visando demonstrar a impossibilidade material de ter participado do crime. Trata-se, assim, de um

indício negativo cuja prova verdadeira da sua efetiva ocorrência nos permite concluir ser outra pessoa o autor da infração.

A prova indiciária (ou *circunstancial*), desde que traga a certeza da circunstância indicante, tem o mesmo valor das provas diretas em virtude da adoção do princípio da livre convicção do juiz. Afinal, os indícios são meio de prova e devem ser valorados pelo magistrado quando do julgamento da lide penal. Não se confundem com as "meras suspeitas", estas sim absolutamente rechaçadas pelo Direito Penal e Processo Penal pátrios.

7.5.10 Busca e apreensão

Busca e apreensão é a providência determinada pela autoridade policial (na fase do inquérito policial) ou pelo juiz com o fim de procurar e conservar pessoas ou bens que tenham relação com o fato criminoso. Trata-se de uma medida acautelatória e coercitiva que pode ser ajuizada antes mesmo da instauração do inquérito policial, durante este, na fase da instrução criminal e durante a execução penal (art. 145 da Lei 7.210/1984 – disciplina a busca e apreensão de condenado liberado condicionalmente que pratica nova infração durante o período de prova), podendo ser determinada de ofício ou a requerimento das partes (art. 242 do CPP).

De acordo com o art. 240 do CPP, a busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem (*fumus boni iuris*), será realizada para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato (ATENÇÃO: apesar de constar expressamente do art. 240 do CPP, essa hipótese não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 que consagra, no seu art. 5.º, XII, a inviolabilidade do sigilo das comunicações); g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

Para a realização da busca domiciliar, é importante destacar que a autoridade deverá agir dentro dos limites traçados pelo art. 5.º, XI, da CF, que trata do direito à inviolabilidade do domicílio. Se o morador se recusar a permitir a

efetivação da medida, a autoridade poderá arrombar a porta e forçar a entrada, admitindo-se até mesmo o emprego de força contra coisas existentes no seu interior para o descobrimento do que se procura (art. 245 do CPP). Estando ausente o morador, qualquer vizinho que estiver presente será intimado a assistir à diligência (art. 245, § 4.º, do CPP).

A busca pessoal, de acordo com o art. 240, § 2.º, do CPP, consiste na revista do corpo da pessoa, suas vestes e demais acessórios e será realizada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou algum dos objetos relacionados nas alíneas *b* a *f* e *h* do § 1.º do art. 240, com exceção das cartas (cuja hipótese não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988) e das vítimas (alínea h). Quando tiver que ser feita em mulher, a busca será realizada por outra mulher (exemplo: policial feminina) desde que não acarrete retardamento ou prejuízo da defesa (art. 249 do CPP), caso em que poderá ser feita por homem.

7.6 QUESTÕES

1. (OAB 2011.3 – FGV) Trácio foi denunciado pela prática do delito descrito no artigo 333 do Código Penal. A peça inaugural foi recebida pelo Juiz Titular da Vara Única da Comarca X, que presidiu a Audiência de Instrução e Julgamento. Encerrada a instrução do feito, o processo foi concluso ao juiz substituto, que proferiu sentença condenatória, tendo em vista que o juiz titular havia sido promovido e estava, nesse momento, na 11ª Vara Criminal da Comarca da Capital. De acordo com a Lei Processual Penal, assinale a alternativa correta.

a) A sentença é nula, porque foi prolatada por juiz que não presidiu a instrução do feito, em desacordo com o princípio da identidade física do juiz.

b) A sentença é nula, porque ao juiz substituto é vedada a prolação de decisão definitiva ou terminativa.

c) Não há nulidade na sentença, porque não se faz exigível a identidade física do juiz diante das peculiaridades narradas no enunciado.

d) A sentença é nula, porque viola o princípio do juiz natural.

2. (OAB/SP 136.º) Assinale a opção correta acerca do exame de corpo de delito e das perícias em geral, segundo o CPP.

a) Se a perícia requerida pelas partes não for necessária ao esclarecimento da verdade, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia, exceto na hipótese de exame de corpo de delito.

b) Se não for possível o exame de corpo de delito por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal não poderá suprir-lhe a falta.

c) O juiz ficará adstrito ao laudo.

d) Se a infração deixar vestígios, a confissão do acusado poderá suprir o exame de corpo de

delito, direto ou indireto.

3. **(OAB 2010.2 – FVG) Em uma briga de bar, Joaquim feriu Pedro com uma faca, causando-lhe sérias lesões no ombro direito. O promotor de justiça ofereceu denúncia contra Joaquim, imputando-lhe a prática do crime de lesão corporal grave contra Pedro, e arrolou duas testemunhas que presenciaram o fato. A defesa, por sua vez, arrolou outras duas testemunhas que também presenciaram o fato. Na audiência de instrução, as testemunhas de defesa afirmaram que Pedro tinha apontado uma arma de fogo para Joaquim, que, por sua vez, agrediu Pedro com a faca apenas para desarmá-lo. Já as testemunhas de acusação disseram que não viram nenhuma arma de fogo em poder de Pedro. Nas alegações orais, o Ministério Público pediu a condenação do réu, sustentando que a legítima defesa não havia ficado provada. A Defesa pediu a absolvição do réu, alegando que o mesmo agira em legítima defesa. No momento de prolatar a sentença, o juiz constatou que remanescia fundada dúvida sobre se Joaquim agrediu Pedro em situação de legítima defesa. Considerando tal narrativa, assinale a afirmativa correta**.

   a) O ônus de provar a situação de legítima defesa era da defesa. Assim, como o juiz não se convenceu completamente da ocorrência de legítima defesa, deve condenar o réu.

   b) O ônus de provar a situação de legítima defesa era da acusação. Assim, como o juiz não se convenceu completamente da ocorrência de legítima defesa, deve condenar o réu.

   c) O ônus de provar a situação de legítima defesa era da defesa. No caso, como o juiz ficou em dúvida sobre a ocorrência de legítima defesa, deve absolver o réu.

   d) Permanecendo qualquer dúvida no espírito do juiz, ele está impedido de proferir a sentença. A lei obriga o juiz a esgotar todas as diligências que estiverem a seu alcance para dirimir dúvidas, sob pena de nulidade da sentença que vier a ser prolatada.

4. **(OAB 2010.2 – FVG) Em processo sujeito ao rito ordinário, ao apresentar resposta escrita, o advogado requer a absolvição sumária de seu cliente e não propõe provas. O juiz, rejeitando o requerimento de absolvição sumária, designa audiência de instrução e julgamento, destinada à inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e ao interrogatório do réu. Ao final da audiência, o advogado requer a oitiva de duas testemunhas de defesa e que o juiz designe nova data para que sejam inquiridas. Considerando tal narrativa, assinale a afirmativa correta**.

   a) O juiz deve deferir o pedido, pois a juntada do rol das testemunhas de defesa pode ser feita até o encerramento da prova de acusação.

   b) O juiz não deve deferir o pedido, pois o desmembramento da audiência una causa nulidade absoluta.

   c) O juiz só deve deferir a oitiva de testemunhas de defesa arroladas posteriormente ao momento da apresentação da resposta escrita se ficar demonstrado que a necessidade da oitiva se originou de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

   d) O juiz deve deferir o pedido, pois apesar de a juntada do rol de testemunhas da defesa não ter sido feita no momento correto, em nenhuma hipótese do processo penal, o juiz deve indeferir diligências requeridas pela defesa.

5. **(OAB 2010.2 – FVG) João foi denunciado pela prática do crime de furto (CP, art. 155), pois segundo narra a denúncia ele subtraiu colar de pedras preciosas da vítima. No decorrer da instrução processual, a testemunha Antônio relata fato não narrado na**

denúncia: a subtração do objeto furtado se deu mediante "encontrão" dado por João no corpo da vítima. Na fase de sentença, sem antes tomar qualquer providência, o Juiz decide, com base no sobredito testemunho de Antônio, condenar João nas penas do crime de roubo (CP, art. 157), por entender que o "encontrão" relatado caracteriza emprego de violência contra a vítima. A sentença condenatória transita em julgado para o Ministério Público. O Tribunal, ao julgar apelo de João com fundamento exclusivo na insuficiência da prova para a condenação, deve:

a) anular a sentença.

b) manter a condenação pela prática do crime de roubo.

c) abrir vista ao Ministério Público para aditamento da denúncia.

d) absolver o acusado.

6. (OAB/Nacional 2008.I) Acerca do princípio da inocência, assinale a opção correta.

a) Com a decisão de pronúncia, que reconhece a existência de crime e indícios de autoria, o nome do réu pode ser incluído no rol dos culpados.

b) A restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva deve ser admitida sempre que se verificar o fumus boni iuris, independentemente da existência de *periculum in mora*.

c) O juiz deve ter plena convicção de que o acusado é responsável pelo delito, bastando a dúvida a respeito da sua culpa para absolvê-lo.

d) O réu tem o dever de provar sua inocência e cabe ao acusador apresentar indícios de autoria e materialidade.

7. (VII Exame de Ordem Unificado – FGV) De acordo com o Código de Processo Penal, quanto ao interrogatório judicial, assinale a afirmativa INCORRETA.

a) O silêncio do acusado não importará confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, mesmo no caso de crimes hediondos.

b) A todo tempo o juiz poderá, atendendo pedido fundamentado das partes, ou mesmo de ofício, proceder a novo interrogatório, mesmo quando os autos já se encontrarem conclusos para sentença.

c) O mudo será interrogado oralmente, devendo responder às perguntas por escrito, salvo quando não souber ler e escrever, situação em que intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

d) O juiz, por decisão fundamentada, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência, desde que a medida seja necessária para reduzir os custos para a Administração Pública.

8. (OAB/Nacional 2009.II) A respeito dos meios de prova e das citações e intimações no âmbito do direito processual penal, assinale a opção correta.

a) O procedimento de acareação, objeto de severas críticas por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, foi extinto pela recente reforma do CPP.

b) O oficial de justiça, ao verificar que o réu se oculta para não ser citado, deve certificar a ocorrência e proceder à citação com hora certa, na forma estabelecida no CPC.

c) O exame de corpo de delito e outras perícias devem ser feitos, necessariamente, por dois peritos oficiais ou, na impossibilidade de estes o fazerem, por duas pessoas idôneas assim consideradas pelo juiz.

d) Tratando-se de processo penal, é absoluta a nulidade por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



SUJEITOS PROCESSUAIS

Sujeitos processuais são as pessoas que atuam no processo penal. São eles: as partes (réu e Ministério Público), o juiz, os assistentes e os auxiliares da justiça (oficial de justiça, peritos etc.).

Os sujeitos processuais podem ser de dois tipos: principais (ou essenciais) e acessórios (ou secundários, ou colaterais).

Os **sujeitos principais**, que são aqueles que compõem a relação jurídico-processual, subdividem-se em *sujeito imparcial*, que é o juiz, e *sujeitos parciais*, que são as partes (Ministério Público e réu).

Os **sujeitos acessórios** são aqueles que desempenham funções indispensáveis para a constituição da relação processual, tais como o ofendido, os auxiliares da justiça e o assistente de acusação.

Para efeito de Exame de Ordem, neste capítulo, dê atenção especial à figura do assistente.

8.1 O JUIZ

O juiz é o detentor da função jurisdicional e é quem preside o processo. A ele incumbirá prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.

Para que possa exercer regular e validamente a função jurisdicional o juiz

deve possuir concomitantemente:

1 – ***capacidade funcional*** (ou capacidade especial, ou investidura): o juiz deve estar preencher todos os requisitos legais para o ingresso na carreira da magistratura (exemplo: bacharelado em direito, aprovação em concurso público, posse, nomeação etc.);

2 – ***capacidade processual*** (ou capacidade objetiva): o juiz deve ser competente para o julgamento da questão de acordo com as regras previstas pela Constituição Federal, leis ordinárias e leis de organização judiciária;

3 – ***imparcialidade*** (ou capacidade subjetiva): o juiz não pode ser impedido (as hipóteses são de situações objetivas, bastando a mera incidência – art. 252 do CPP), suspeito (as hipóteses são subjetivas, que exigem ainda a pesquisa do ânimo do juiz – art. 254 do CPP) nem exercer atividade incompatível com a sua função (situações objetivas – arts. 253 e 462 do CPP). As hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidades foram arroladas no capítulo desta obra referente às *Exceções*, devendo a leitura ser remetida para os respectivos tópicos.

Para que o Poder Judiciário possa exercer suas funções com independência em relação aos demais poderes, duas ordens de garantias (ou prerrogativas) constitucionais lhe foram atribuídas: as *garantias institucionais* e as *garantias funcionais* (ou de órgãos).

As ***garantias institucionais*** são aquelas que asseguram a independência da instituição em relação às demais abrangendo as garantias de autonomia orgânico-administrativa (capacidade de auto-organização) e as garantias de autonomia financeira (os tribunais elaborarão sua proposta orçamentária dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias).

As ***garantias funcionais*** (ou de órgãos) são aquelas que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário protegendo o seu titular (o juiz) e a própria instituição. As garantias que asseguram a independência do juiz são: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade dos subsídios.

A vitaliciedade (art. 95, I, da CF – adquirida após **dois anos** de exercício da função) assegura ao juiz que a perda do seu cargo somente poderá ocorrer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. Os servidores estáveis (após **três anos** de exercício da função), vale destacar, perderão o cargo por decisão judicial transitada em julgado, por decisão em procedimento administrativo ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho.

A inamovibilidade garante ao juiz a impossibilidade de remoção, sem o seu consentimento, de um local para outro (comarca, sede, cargo, tribunal, câmara

ou grau de jurisdição). Excepcionalmente o magistrado poderá ser removido por interesse público (além de colocado em disponibilidade e aposentado), fundando-se tal decisão pelo voto da **maioria absoluta** dos membros do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (conforme nova redação dada pela EC 45/2004), assegurada a ampla defesa (arts. 93, VIII e 95, II da CF). É dessa garantia que decorre o princípio do juiz natural.

A irredutibilidade dos subsídios (art. 95, III, da CF – forma remuneratória introduzida pela EC 19/1998) assegura que a remuneração percebida pelos juízes é irredutível, garantindo-se, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente a garantia nominal e não a real.

As garantias de *imparcialidade* dos órgãos judiciários estão previstas no art. 95 da CF, que trata das atividades vedadas ao juiz. Assim, é defeso ao juiz:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III – dedicar-se à atividade político-partidária;

IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (*incluída pela EC 45/2004*);

V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (*também conhecida como quarentena, incluída pela EC 45/2004*).

No Código de Processo Penal essas vedações manifestam-se nas hipóteses de suspeição, incompatibilidades e impedimentos já analisados no capítulo referente às questões e processos incidentes desta obra, devendo a leitura ser remetida para os respectivos tópicos.

Ao juiz são conferidos os seguintes poderes:

a) ***jurisdicional*:** é aquele conferido para que o juiz possa prover a regularidade do processo, compreendendo, assim, a prática de *atos ordinatórios* (ou instrumentais – que são as medidas tomadas para a correção de alguma falha no processo, por exemplo), *instrutórios* (que se referem à produção de provas) e *finais*, estes se subdividindo em atos decisórios (que são as sentenças, decisões interlocutórias etc.) e em atos satisfativos (ou executivos – em que o juiz executa suas decisões);

b) ***de polícia*:** são aqueles atribuídos para que o juiz mantenha a ordem e o curso dos respectivos atos podendo, para tal fim, requisitar a força pública (exemplo: art. 795 do CPP – "os espectadores das audiências ou sessões não poderão manifestar-se". Parágrafo único: "o juiz ou o presidente fará retirar da sala os desobedientes, que, em caso de resistência, serão presos e autuados");

c) ***anômalos*:** são aqueles de conteúdo não jurisdicional, tais como a requisição para a

instauração e o arquivamento de inquérito policial (arts. 5.º e 18 do CPP), a remessa do inquérito policial ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP) etc.

A EC 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), integrante da estrutura do Poder Judiciário. Trata-se de um órgão colegiado, composto por membros da sociedade, magistrados e representantes do Ministério Público, cuja função precípua é o exercício do **controle externo sobre a atuação administrativa, financeira e dos deveres funcionais** dos membros do Poder Judiciário. As suas atribuições estão previstas no art. 103-B da CF/1988. Vale salientar que, apesar de o CNJ não poder determinar a perda de cargo de juízes, poderá determinar a remoção, aposentadoria compulsória (com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço) ou a punição administrativa de magistrados (art. 93, VIII, da CF). Se considerar pertinente, poderá também recomendar a perda de cargo de um juiz ao tribunal competente, o que deverá ocorrer por meio de sentença judicial transitada em julgado.

Importante regra foi criada ao juiz criminal: aquele que presidir a instrução deverá sentenciar. Instituiu a Lei 11.719/2008, a **identidade física** do juiz no processo penal, determinando que o magistrado que presidir a audiência será o responsável por proferir a sentença (art. 399, § 2.º). Maiores considerações serão tecidas no Capítulo 12 – Dos procedimentos em espécie.

8.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO

De acordo com o art. 127 da CF, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público, dessa maneira, é um órgão constitucional que tem a função de promover e fiscalizar a execução da lei.

Assim como ocorre com o Poder Judiciário, ao Ministério Público são atribuídas garantias constitucionais para a proteção da instituição e de seus membros.

Como ***garantias institucionais*** temos a autonomia funcional (o Ministério Público não está subordinado a nenhum dos Poderes, apenas à Constituição, às leis e à sua própria consciência), a autonomia administrativa (capacidade de autogestão) e a autonomia financeira (o Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes

orçamentárias, podendo, autonomamente, administrar os recursos que lhe foram destinados).

As ***garantias funcionais*** conferidas aos membros do Ministério Público são as mesmas conferidas ao Poder Judiciário: *vitaliciedade* (após dois anos), *inamovibilidade* (regra que poderá ser afastada por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa – art. 128, § 5.º, I, b, da CF, alterado pela EC 45/2004; ou ainda por decisão do Conselho Nacional do Ministério Público – art. 130, § 2.º, III, da CF, incluído pela EC 45/2004) e *irredutibilidade dos subsídios*.

Os ***princípios institucionais*** do Ministério Público, previstos no art. 127, § 1.º, da CF, são:

- *unidade* (o Ministério Público é um só órgão, sob a mesma direção, exercendo a mesma função qualquer que seja o membro que esteja atuando no processo),
- *indivisibilidade* (os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros sem que se perca o sentido da unidade) e
- *independência funcional* (na atuação jurisdicional o membro do Ministério Público é funcionalmente independente, não estando subordinado nem mesmo aos órgãos superiores da instituição; administrativamente, porém, o membro do Ministério Público está subordinado hierarquicamente em relação aos órgãos superiores da instituição, podendo ser punido em decorrência de faltas funcionais cometidas). A independência funcional assegura, ainda, a irresponsabilidade civil em relação aos atos praticados pelos membros do Ministério Público no exercício da função.

Dispõe o art. 257, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.719/2008, que ao Ministério Público cabe:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II – fiscalizar a execução da lei. Portanto, no processo penal, o órgão ministerial ora atua como parte (titular da ação penal pública), ora como fiscal da lei (na ação penal privada).

De acordo com o art. 258 do CPP, os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes.

Em decorrência do disposto nos arts. 128, § 5.º, II, e 129, IX, da CF, é **vedado** ao membro do Ministério Público:

- receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- exercer a advocacia;
- participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- exercer atividade político-partidária, (a *EC 45/2004 suprimiu a possibilidade de a lei prever exceções*);
- receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (*incluído pela EC 45/2004*).

Os membros do Ministério Público, assim como os magistrados, também estão proibidos de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (art. 128, § 6.º, da CF/1988, *incluído pela EC 45/2004*).

O rol do art. 129 da CF, que é meramente exemplificativo, trouxe as seguintes funções institucionais do Ministério Público:

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

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

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

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

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

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

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no art. 128;

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

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

A EC 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público, que é um órgão colegiado, composto por membros do Ministério Público, magistrados e representantes da sociedade, cuja função precípua é o exercício do controle externo sobre a atuação administrativa, financeira e dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público. *Para saber mais sobre o assunto, consulte o livro de Direito Constitucional desta série*.

Por fim, cabe salientar que o Ministério Público, à luz da CF/1988, não tem poderes investigatórios, que são próprios das autoridades policiais (art. 144 da CF). O Brasil adotou o sistema processual acusatório, segundo o qual devem ser distintas as figuras do julgador, acusador e defensor.

8.3 ACUSADO E DEFENSOR

8.3.1 Acusado

O acusado é a pessoa contra quem é proposta a ação penal; é a parte passiva da relação processual.

Os menores de 18 anos não têm legitimidade passiva, visto que são considerados inimputáveis, ficando sujeitos apenas às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que é uma legislação penal especial. Já os inimputáveis portadores de doenças mentais, desenvolvimento mental incompleto ou retardado possuem legitimidade passiva, pois a eles pode ser aplicada medida de segurança. As coisas, os animais e os mortos não podem ser réus na ação penal.

A Constituição Federal de 1988 instituiu a **responsabilidade penal da pessoa jurídica** (sujeito ativo de crime) em relação aos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5.º) e, ainda, às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3.º, da CF, regulamentado pela Lei 9.605/1998). É bem verdade que parte da doutrina entende que a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crimes, em atenção ao brocardo *societas delinquere non potest*. Afinal, é princípio básico do Direito Penal o da *responsabilidade subjetiva*, vale dizer, somente pode ser processada e condenada criminalmente a pessoa que agir com dolo ou culpa. Pessoa jurídica é uma ficção legal (segundo a *teoria da ficção*), não tendo, portanto, conduta própria.

Como já estudado anteriormente, as pessoas que gozam de **imunidade parlamentar ou diplomática** também não poderão ser acusadas no processo penal por faltar-lhes legitimação passiva *ad causam*.

É importante destacar que a impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do

julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação por termo nos autos (não se adita a denúncia), sem prejuízo da validade dos atos precedentes (art. 259 do CPP).

De acordo com o art. 5.º, LVIII, da CF, o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. O legislador infraconstitucional regulamentou o aludido dispositivo pela Lei 12.037/2009.

A regra de que o identificado civilmente não poderá ser submetido à nova identificação é excepcionada quando (art. 3.º da Lei 12.037/2009):

"I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – 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;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais."

Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo a sua presença.

Ao acusado, por ser considerado a parte mais fraca da relação jurídica e por estar em jogo o seu direito à liberdade de locomoção, são asseguradas diversas garantias de ordem constitucional, previstas no art. 5.º, como por exemplo:

a) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LV);

b) são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (LVI);

c) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (LVII);

d) o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (LVIII);

e) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (LXI);

f) o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (LXIII);

g) às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (L);

h) é assegurado ao preso o respeito à sua integridade física e moral (XLIX);

i) a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (LXXVIII – incluído pela EC 45/2004).

8.3.2 Defensor

Como decorrência da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, o art. 261 do CPP determina que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. O defensor é o profissional habilitado (advogado, defensor público ou procurador do estado, onde não houver defensoria pública), com **função indispensável à administração da justiça**, dotado de conhecimentos técnicos a serem utilizados no processo penal para a defesa do acusado. Em razão da indisponibilidade do direito de defesa, a sua atuação (considerada um *munus* público) é sempre obrigatória, ainda que seja feita contra a vontade do réu ou na sua ausência, **sob pena de nulidade do processo**. Nesse sentido, a Súmula 523 do STF determina que, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

O acusado menor de 21 anos, antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, necessitava de curador (art. 262 do CPP). Hoje, desapareceu a figura do curador ao acusado menor de 21 anos, tendo em vista a redução da maioridade civil para 18 anos (art. 2.043 do CC).

Duas são as espécies de defensor: o constituído e o dativo.

O **defensor constituído** é aquele escolhido pelo próprio acusado (mesmo que seja revel), por meio da outorga de procuração (art. 36 e ss. do CPP), para que promova a sua defesa técnica em juízo, em razão da confiança existente entre eles. O defensor também é denominado *procurador*. Para a prática de determinados atos, a lei exige a outorga de procuração com **poderes especiais**, sendo eles:

1) para aceitar o perdão do ofendido em nome do réu ou querelado (arts. 55 e 59 do CPP);
2) para arguir a suspeição do juiz (art. 98 do CPP); e
3) para arguir a falsidade do documento (art. 146 do CPP).

A constituição de defensor pelo acusado poderá ser feita em qualquer

momento do processo, inclusive na fase do inquérito policial, ainda que apenas para acompanhar o indiciado ou examinar os elementos de prova colhidos durante as investigações. Constituição *apud acta* é aquela feita oralmente pelo acusado na ocasião do interrogatório, independentemente de instrumento de mandato (procuração).

O **defensor dativo** é aquele nomeado pelo juiz em virtude de o acusado não possuir ou não indicar um defensor técnico de sua confiança. Nada impede, porém, que o acusado, a qualquer tempo, nomeie outro de sua confiança, ou defenda-se sozinho, caso tenha habilitação, conforme estabelece o art. 263 do CPP.

Uma vez nomeado pelo juiz, o defensor dativo não poderá recusar-se a prestar a assistência jurídica ao acusado, salvo nas hipóteses de **justa causa** previstas no art. 15 da Lei 1.060/1950, a saber:

1) estar impedido de exercer a advocacia;
2) ser procurador constituído pela parte contrária ou ter com ela relações profissionais de interesse atual;
3) ter necessidade de ausentar-se da sede do juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para defender interesses próprios inadiáveis;
4) já haver manifestado por escrito opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear;
5) haver dado à parte contrária parecer escrito sobre a contenda.

O defensor que recusou a nomeação com base nessas hipóteses não poderá indicar outro colega, ainda que com a aceitação deste, pois a lei determina ser o juiz a única pessoa com poderes para nomear defensor.

Em sua atuação, o defensor dativo, exceto na hipótese de aceitação de perdão do ofendido, não necessita de poderes especiais podendo, livremente, arguir suspeição do juiz e falsidade de documento. De acordo com o parágrafo único do art. 263 do CPP, se o acusado não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz. Na hipótese de litisconsórcio passivo, o juiz deverá nomear um defensor para cada réu a fim de se evitar a colidência de defesas, que acarreta a nulidade absoluta do processo quando provocada pelo defensor comum.

De acordo com o parágrafo único do art. 261 do CPP, incluído pela Lei 10.792/2003, a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida por intermédio de manifestação fundamentada. O aludido

dispositivo consolida entendimento jurisprudencial no sentido de se proibir a defesa do réu por negativa geral, prestigiando, assim, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Jamais será lícito ao defensor (dativo ou constituído) concordar com a acusação e, por exemplo, pleitear a condenação do réu. Tal situação acarretará inegável nulidade, cabendo ao juiz intimar o réu a constituir novo procurador (contratar novo advogado) ou nomear defensor dativo (advogado conveniado com as defensorias públicas, defensor público ou procurador do estado, onde não houver defensoria pública) para realizar a defesa técnica.

O art. 265, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei 11.719/2008, passou a dispor que o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 a 100 salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. Pelo antigo regramento, a análise do "motivo imperioso" ficava a critério do juiz. Ainda, o antigo parágrafo único estabelecia que a falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinava o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato (quando for nomeado para a prática de determinado ato o defensor será denominado *ad hoc*). Porém, com as alterações decorrentes da edição do citado diploma legal, foram inseridos ao artigo em comento os §§ 1.º e 2.º, disciplinando o seguinte:

a) a audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer;
b) todavia, incumbe ao profissional provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.

Logo, passa o processo penal a admitir expressamente a redesignação de audiência por impossibilidade de o defensor comparecer ao ato, desde que por motivo justificado e comprovado até o início dela, sob pena de nomeação de defensor *ad hoc*.

8.4 ASSISTENTES

Na ação penal pública, em que o titular do direito de ação é o Ministério Público, é possível que o ofendido ou seu representante legal ou, na sua falta, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31 do CPP) intervenham em

todas a fases da ação penal (após, portanto, o recebimento da denúncia) ao lado do Ministério Público. Trata-se da figura do *assistente de acusação*, admissível desde o recebimento da denúncia até antes do trânsito em julgado da sentença, recebendo o processo no estado em que se encontrar (art. 269 do CPP). No procedimento do tribunal do júri, a assistência será admitida desde que requerida com, pelo menos, cinco dias de antecedência em relação à data do julgamento (art. 430 do CPP, em substituição aos antigos três dias, previstos até a edição da Lei 11.689/2008).

Pelo fato de a sua atuação não ser imprescindível para a existência da relação processual, a figura do assistente de acusação também é denominada *parte acessória, parte contingente, parte adjunta, parte eventual* ou *parte adesiva*.

Em regra, a assistência só é possível na ação penal pública, seja ela condicionada à representação ou incondicionada. Apenas em uma situação o Código de Processo Penal prevê exceção a essa regra, qual seja o art. 530-H (incluído pela Lei 10.695/2003), que permite que as *associações de titulares de direitos de autor* e os que lhes são conexos possam, em seu próprio nome, funcionar como *assistente da acusação nos crimes previstos no art. 184 do CP* (crimes contra a propriedade imaterial), quando praticados em detrimento de qualquer de seus associados (aqui a exceção ocorre no caso do *caput*).

Ressalvados os dois casos acima, na ação penal privada não há falar em assistência, pois o ofendido atua sempre como parte principal.

Em decorrência do disposto no art. 31 do CPP (que possibilita o exercício do direito de queixa ou o prosseguimento na ação pelo cônjuge, ascendente, descendentes ou irmão do ofendido morto) **não podem ser assistentes:**

a) a(o) companheira(o) da vítima que não tenha deixado descendentes (em virtude da falta de previsão legal);

b) o espólio, uma vez que o inventariante só o representa para os fins civis;

c) quem não for vítima (em virtude da falta de interesse em obter a reparação dos danos decorrentes da conduta criminosa, finalidade essa da assistência);

d) o corréu no mesmo processo, salvo se absolvido por sentença transitada em julgado (art. 270 do CPP).

O Ministério Público será sempre ouvido previamente sobre o pedido de admissão de assistente e, da decisão que o admitir ou não, fundada na falta dos requisitos legais, não caberá recurso (art. 273 do CPP). Todavia, da decisão que não admite o assistente também caberá a impetração de mandado de segurança e

da decisão que excluir o assistente habilitado caberá correição parcial.

A função do assistente não é defender interesse próprio, mas sim auxiliar a acusação para que com isso obtenha, por meio da condenação, um título executivo que servirá de base para a propositura de uma futura ação civil *ex delicto*. Por isso, os poderes do assistente são restritos, podendo praticar somente os atos previstos no art. 271 do CPP. Assim, o assistente poderá:

I – propor meios de prova (requerer diligências probatórias exceto a testemunhal que, segundo a doutrina, já estaria preclusa após o recebimento da denúncia);

II – formular perguntas às testemunhas;

III – participar das alegações finais orais nos procedimentos ordinário e sumário (arts. 403, § 2.º, e 534, § 2.º, ambos do CPP, com a redação que lhes foi conferida pela Lei 11.719/2008), pelo prazo de 10 minutos, após a manifestação do Ministério Público, o mesmo se aplicando no procedimento especial do Júri (art. 411, § 6.º);

IV – arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio.

O assistente poderá oferecer razões nos recursos interpostos pelo Ministério Público e também contra-arrazoar os recursos interpostos pela defesa. Também poderá interpor e arrazoar os seguintes recursos:

1 – apelação contra decisão que impronuncia o réu (art. 584, § 1.º, 1.ª parte, do CPP, aplicável por analogia, tendo em vista que até a edição da Lei 11.719/2008, a decisão de impronúncia desafiava recurso em sentido estrito – art. 581, IV);

2 – recurso em sentido estrito contra a decisão que declara extinta a punibilidade do acusado (art. 584, § 1.º, 2.ª parte, do CPP);

3 – apelação supletiva contra a sentença proferida nas causas de competência do juiz singular ou do Tribunal do Júri (ou seja, apelar independentemente da apelação do MP – art. 598 do CPP).

A **apelação supletiva**, que não possui efeito suspensivo, é um recurso interposto pelo ofendido ou por qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 do CPP, ainda que não tenham se habilitado como assistente, na hipótese de omissão do Ministério Público, no prazo legal, diante de uma sentença absolutória proferida nos crimes de competência do Tribunal do Júri ou do juiz singular.

A apelação supletiva e o recurso em sentido estrito deverão ser interpostos nos seguintes prazos:

a) se o ofendido estiver habilitado como assistente, o prazo será de **5 dias** contados:

I – a partir do término do prazo para o Ministério Público, se o assistente foi intimado antes

deste órgão; ou

II – a partir da intimação do assistente, quando intimado após o Ministério Público (arts. 586 e 593 do CPP e Súmula 448 do STF);

b) se o ofendido não estiver habilitado como assistente, o prazo é de **15 dias** contados a partir do término do prazo do Ministério Público (art. 598, parágrafo único, do CPP).

Vale destacar que o assistente poderá recorrer da sentença desclassificatória de crime da competência do Tribunal do Júri para outro afeto ao juiz singular, pelo fato de essa decisão se equiparar à sentença de impronúncia. Também poderá recorrer em sentido estrito na hipótese de denegação da apelação supletiva (art. 581, XV, do CPP) e, ainda, interpor recurso extraordinário contra as decisões proferidas nos recursos por ele apresentados (Súmula 210 do STF). Por outro lado, o assistente não poderá recorrer das decisões de pronúncia, de absolvição sumária, da rejeição de denúncia, da que concede o desaforamento (também não pode requerê-lo), do despacho que concede a fiança e do acórdão que julga a revisão criminal.

Como já foi dito, o assistente não pode arrolar testemunhas, já que o momento oportuno para tanto é o do oferecimento da denúncia. Contudo, pode o juiz ouvir as testemunhas indicadas pelo assistente como testemunhas do juízo.

A Lei 12.403/2011, que alterou o art. 282 do CPP para introduzir as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, passou a prever mais um ato que pode ser praticado pelo assistente, notadamente no § 4.º da norma: “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)”.

Ressaltamos que há entendimento doutrinário no sentido de que o assistente de acusação somente pode intervir no processo penal quando demonstrar interesse de cunho econômico na condenação do réu (ressarcimento civil futuro por meio da formação de um título executivo judicial – sentença penal condenatória irrecorrível), não podendo, por exemplo, recorrer de sentença condenatória para pleitear o aumento de pena do réu. Todavia, a OAB de São Paulo, em 2.ª fase do exame, em gabarito oficial sustentou que o assistente de acusação tem legitimidade e pode recorrer de sentença única e exclusivamente com o escopo de ver aumentada a reprimenda imposta ao réu.

8.5 AUXILIARES DA JUSTIÇA

A eficiência da tutela jurisdicional prestada pelo juiz depende do auxílio de algumas pessoas, estranhas à relação jurídico-processual, dotadas de fé pública e incumbidas da realização de diversas atividades destinadas a integrar o movimento processual. Essas pessoas atuam, portanto, como auxiliares do juiz e classificam-se em:

1) *permanentes*, cuja participação nos processos é obrigatória (exemplos: oficial de justiça e escrivão); e
2) *variáveis* (ou eventuais), cuja participação será determinada em situações especiais (exemplos: peritos e intérpretes).

Dentre os auxiliares da justiça, são os peritos que exercem as funções mais complexas no processo. O perito, de acordo com a doutrina de Edgard Magalhães Noronha, "é, pois, a pessoa encarregada pela autoridade, sob compromisso, de esclarecer, por meio de laudo, uma questão de fato que pode ser apreciada por seus conhecimentos técnicos especializados" (op. cit., p. 148).

Em regra, a perícia é realizada durante a fase policial, em virtude do princípio da imediatidade (tendo em vista que eventual demora poderá acarretar prejuízos em virtude do desaparecimento dos vestígios deixados pelo crime), mas nada impede sua realização durante a instrução processual. Pelo fato de a nomeação do perito ser ato exclusivo do juiz, as partes não poderão intervir na escolha do profissional nem na realização da perícia.

Os peritos podem ser oficiais, quando integram os quadros de carreira da Polícia Judiciária, ou não oficiais (ou particulares, ou louvados), quando se tratarem de pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior que serão convocadas diante da ausência de perito oficial. Os peritos, sejam oficiais ou não, estarão sujeitos à disciplina judiciária, e, se uma vez nomeados, recusarem o encargo, incorrerão na pena de multa, que será aplicada, ainda, nas hipóteses em que:

a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade;
b) não comparecer no dia e local designados para o exame;
c) não der o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita nos prazos estabelecidos.

De acordo com o art. 279 do CPP, estão impedidos de ser peritos:

I – os que estiverem sujeitos à interdição de direito mencionada nos ns. I e II do art. 47 do CP;

II – os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;

III – os analfabetos e os menores de 21 (vinte e um) anos.

Os peritos, assim como os juízes, também podem ser considerados suspeitos pelas partes, pelas mesmas razões que geram a suspeição dos juízes (art. 280 do CPP).

8.6 QUESTÕES

1. (OAB/SP 136.º) Assinale a opção correta com relação ao acusado e seu defensor, de acordo com o CPP.

a) Se não há possibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos, deve-se retardar a ação penal, ainda quando certa a identidade física do réu.

b) O acusado que for foragido da polícia será processado ou julgado sem defensor.

c) A constituição de defensor independerá de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório.

d) Ao acusado, mesmo que devidamente habilitado nos quadros da OAB, é vedado defender-se a si mesmo.

2. (OAB/Nacional 2008.I) Acerca dos sujeitos processuais, assinale a opção correta.

a) A vítima pode intervir no processo penal por intermédio de advogado, como assistente da acusação, depois de iniciada a ação penal e enquanto não transitada em julgado a decisão final.

b) O assistente da acusação pode arrolar testemunhas e recorrer da decisão que rejeita a denúncia, pronuncia ou absolve sumariamente o réu, tendo o recurso efeito suspensivo.

c) O juiz deve declarar-se suspeito caso seja amigo ou inimigo das partes, esteja interessado no feito ou quando a parte o injuriar de propósito.

d) A participação de membro do Ministério Público no inquérito policial acarreta o seu impedimento para o oferecimento da denúncia.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES E LIBERDADE PROVISÓRIA

9.1 AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL. DISPOSIÇÕES GERAIS

A recente Lei 12.403, com entrada em vigor no dia 4 de julho de 2011, inaugurou no processo penal brasileiro verdadeira regulamentação sobre as medidas cautelares nessa seara, muito embora, é bom que se diga, não as tenha trazido, propriamente, enquanto novidade. Afinal, já se via no CPP outras medidas cautelares, tais como a busca e apreensão, as medidas assecuratórias, a prisão preventiva. Contudo, fazendo-o de forma mais técnica e sistemática, referido diploma legal inaugurou, a partir do art. 282, verdadeira "teoria geral" sobre as medidas cautelares. Vamos ao seu estudo!

9.1.1 Requisitos gerais para a decretação de qualquer medida cautelar

De acordo com a nova redação do art. 282, *caput*, do CPP, conferida pela precitada Lei 12.403/2011, as medidas cautelares previstas no Título IX, para a sua decretação, deverão observar os seguintes requisitos:

a) **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 (art. 282, I, do CPP);

b) **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II, do CPP).

Assim, vê-se que os requisitos basilares de toda e qualquer medida cautelar decorrem do binômio **necessidade-adequação**. Em outras palavras, para que se decrete uma medida cautelar, especialmente a prisão processual e quaisquer daquelas medidas previstas no art. 319 do CPP, será indispensável que o juiz verifique, em primeiro lugar, a **necessidade**, ou seja, sua imprescindibilidade para que se garanta a eficácia e utilidade social do processo (*garantia para a futura aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para que se evite a prática de novas infrações penais*). De outra borda, as medidas cautelares, para que sejam aplicadas, exigirão que se analise sua **adequação**, ou seja, deverão ser idôneas, suficientes para a proteção ao *processo* (aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal) e à *sociedade* (evitar a prática de novas infrações penais).

Em suma, pode-se dizer que os requisitos gerais para a decretação de uma medida cautelar são extraídos do *princípio da proporcionalidade*.

9.1.2 Outras considerações sobre as medidas cautelares

De maneira bastante didática e esquematizada, podemos, ainda, destacar, as seguintes considerações acerca do novo regramento sobre as medidas cautelares no processo penal, oriundo da edição da Lei 12.403/2011:

a) A aplicação das medidas cautelares (que veremos mais à frente) poderá dar-se de forma *isolada* ou *cumulativa* (art. 282, § 1.º, do CPP);

b) As medidas cautelares serão decretadas, no curso da investigação criminal, somente mediante *provocação* (representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público) e, com o início da ação penal, *de ofício* ou *a requerimento das partes* (art. 282, § 2.º, do CPP);

c) Haverá o *contraditório prévio* nas medidas cautelares, ou seja, o juiz deverá intimar a parte contrária a se manifestar sobre eventual pedido de decretação de medida cautelar, salvo em caso de *urgência* ou de *risco de ineficácia da medida* (ex.: prisão preventiva). É o que se vê no art. 282, § 3.º, do CPP;

d) Será possível a *substituição* ou *cumulação* de medidas cautelares (diversas da prisão) inicialmente impostas, desde que haja descumprimento das obrigações fixadas, podendo o juiz fazê-lo de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, assistente de acusação ou do querelante. Se nada for suficiente, em *último caso*, poderá ser decretada a *prisão preventiva* (art. 282, § 4.º, do CPP);

e) As medidas cautelares poderão ser *revogadas* ou *substituídas* em caso de verificação da falta de motivo para que subsistam, ou poderão ser novamente decretadas, se sobrevierem

motivos que as justifiquem. Trata-se da característica *rebus sic stantibus* das medidas cautelares (art. 282, § 5.º, do CPP);

f) A prisão preventiva, enquanto medida cautelar pessoal restritiva da liberdade, somente será decretada se não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319 do CPP. Trata-se, aqui, da adoção de verdadeiro princípio da *excepcionalidade da prisão preventiva*, considerada medida cautelar de *ultima ratio*; e

g) Inadmissibilidade de decretação das medidas cautelares previstas no Título IX do CPP àquelas infrações às quais não forem isolada, cumulativa ou alternativamente cominadas penas privativas de liberdade (art. 283, § 1.º, do CPP). Portanto, apenas a título de exemplo, é impossível que se decrete uma medida cautelar (privativa ou não de liberdade) ao crime definido no art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), visto não lhe ser cominada qualquer pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples).

Verificadas as regras gerais sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, passaremos a analisá-las antes de ingressarmos no estudo propriamente dito das prisões cautelares.

9.1.3 Medidas cautelares diversas da prisão

Digna de aplausos, a Lei 12.403/2011 instituiu no processo penal brasileiro a possibilidade de a prisão, medida considerada de *ultima ratio*, ser substituída por outras medidas cautelares não restritivas da liberdade, em consonância com o texto constitucional. Afinal, a liberdade deve ser a regra e, por evidente, a prisão, a exceção.

Nessa medida, o art. 319 do CPP, fruto de referido diploma legal, prevê as seguintes *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 circunstâncias relacionadas 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.

Ainda, o art. 320 do CPP nos traz mais uma medida cautelar, qual seja, a proibição de ausentar-se do país, que será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas.

Finalmente, o art. 318 do CPP, com a atual redação que lhe foi conferida pela Lei 12.403/2011, prevê a *prisão domiciliar* como medida substitutiva da prisão preventiva, admitida, contudo, apenas se o agente encontrar-se em uma das seguintes situações:

a) maior de 80 anos;
b) extremamente debilitado por motivo de doença grave;
c) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; e
d) gestante a partir do 7.º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Frise-se que o parágrafo único, do precitado art. 318 do CPP, exige a exibição de *prova idônea* de uma das situações acima indicadas, sob pena de o juiz não deferir a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Conforme dispõe o art. 317 do CPP, a prisão domiciliar *substitutiva da prisão preventiva* imporá ao agente o dever de ficar recolhido durante todo o dia em sua residência, somente desta podendo sair com a devida autorização judicial. Trata-se, como se vê, de verdadeira "prisão", porém em local bastante diverso do sistema carcerário comum. Não se confunde com a medida cautelar de *recolhimento domiciliar*, prevista no art. 319, V, do CPP, que impõe que o agente permaneça em sua residência apenas no período noturno e nos horários de folga. Também não se confunde a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva com a *prisão domiciliar* prevista no art. 117 da Lei 7.210/1984 (LEP), que constitui uma *forma de cumprimento de pena* permitida ao preso que cumpre pena em *regime aberto*, desde que tenha mais de 70 anos de idade, ou que esteja acometido por doença grave, ou que tenha filho menor, ou deficiente físico ou mental, ou durante a gravidez.

9.2 PRISÃO

A prisão, que é a perda da liberdade de locomoção, seja por motivo ilícito ou por ordem legal, se apresenta de duas formas: a prisão *pena*, *ou penal* (repressiva) e a prisão *processual* (provisória).

A prisão *pena* (ou penal) é aquela imposta como medida repressiva ***após*** o trânsito em julgado da sentença condenatória que impôs a pena privativa de liberdade.

Já a prisão *processual*, também conhecida como *prisão provisória* ou *prisão cautelar*,é aquela imposta ***antes*** do trânsito em julgado da sentença condenatória e em situações excepcionais, conforme será visto mais adiante.

O saudoso Prof. Julio Fabbrini Mirabete pondera que "rigorosamente, no regime das liberdades individuais que preside o nosso direito, a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, pode ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade. Essa prisão assenta na Justiça Legal, que obriga o indivíduo, enquanto membro da comunidade, a se submeter a perdas e sacrifícios em decorrência da necessidade de medidas que possibilitem ao Estado prover o bem comum, sua última e principal finalidade" (op. cit. p. 359).

9.2.1 Prisão com mandado

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, LXI, determina que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. No mesmo sentido, o art. 285, *caput*, do CPP determina que a autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado, cujos requisitos estão previstos no seu parágrafo único, a saber:

a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade competente;
b) designará a pessoa que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

Existem, assim, dois modos de efetivação da prisão: a prisão em flagrante e a prisão por mandado, que é a regra no processo penal.

Excepcionalmente, a prisão será efetuada *sem o mandado judicial* nas

hipóteses de:

a) prisão em flagrante (art. 5.º, LXI, da CF);
b) transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5.º, LXI, da CF);
c) prisão durante o Estado de Defesa (art. 136, § 3.º, I, da CF);
d) prisão durante o Estado de Sítio (art. 139, II, da CF);
e) recaptura de réu evadido (que independe de ordem e pode ser efetuado por qualquer pessoa – art. 684 do CPP); e
f) prisão de réu na hipótese de crime inafiançável (art. 287 do CPP). São proibidas, portanto, a "prisão correcional" e a "prisão para averiguações".

De acordo com a nova redação dada ao art. 283 do CPP pela Lei 12.403/2011, ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva. Trata-se de dispositivo legal que se encontra em perfeita consonância com o art. 5.º, LXI, da CF/1988.

Demais disso, a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio (art. 283, § 2.º, do CPP). A aludida regra comporta uma exceção prevista no art. 236, *caput*, da Lei 4.737/1965 – Código Eleitoral, que proíbe a prisão de eleitor, desde cinco dias antes e 48 horas depois da eleição, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

Quanto às *restrições relativas à inviolabilidade do domicílio,* a prisão poderá ser feita da seguinte forma:

1) tratando-se de ***prisão em flagrante***, a captura poderá ser feita a *qualquer hora do dia ou da noite*, invadindo-se a residência do autor do delito, ainda que contra a sua vontade;
2) tratando-se de ***prisão por mandado*** é importante destacar:
   a) ***durante o dia***, a captura na residência poderá ser efetuada independentemente do consentimento do morador e mediante o emprego de força física, arrombando-se as portas, se necessário, e convocando-se duas testemunhas para assistir ao ato;
   b) ***durante a noite***, a captura não poderá ser efetuada sem o consentimento do morador, caso em que o mandado não poderá ser cumprido até o dia seguinte. Nessa hipótese, todas as saídas da casa serão guardadas, tornando-a incomunicável durante a noite para que, ao amanhecer, o executor da ordem arrombe as portas na presença de duas testemunhas e realize a prisão.

Em decorrência do disposto no art. 284 do CPP, não será permitido o emprego

de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão (art. 293 do CPP).

O art. 288 do CPP determina que ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora. A custódia sem a observância de tal formalidade constitui crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/1965).

Ainda, de acordo com o art. 289 do CPP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 12.403/2011, estando o réu em lugar estranho ao da jurisdição do juiz processante, mas dentro do território nacional, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado. Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança, se arbitrada (§ 1.º). No entanto, será de rigor que a autoridade judiciária que receber a requisição da prisão se certifique da autenticidade da comunicação (§ 2.º). Finalmente, e tratando-se de inovação promovida pela novel legislação alteradora do CPP, já citada, o juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 dias, contados da efetivação da medida (§ 3.º).

Na hipótese de o réu estar sendo perseguido e, com isso, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, a qual, após a lavratura do respectivo auto, providenciará para a remoção do preso (art. 290).

O art. 291 estabelece que a prisão em virtude de mandado entender-se-á feita desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, apresente-lhe o mandado e o intime a acompanhá-lo.

Se houver, ainda que da parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas

(art. 292).

O art. 295 do CPP prevê a *prisão especial* para determinadas pessoas que serão recolhidas a quartéis ou à prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando tiverem que se submeter à prisão antes de condenação definitiva. Têm direito à prisão especial:

I – os ministros de Estado;

II – os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

III – os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados;

IV – os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”;

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI – os Magistrados;

VII – os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII – os ministros de confissão religiosa;

IX – os ministros do Tribunal de Contas;

X – os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI – os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

A Lei 10.258/2001, pretendendo regulamentar as condições de prisão especial deferidas a certas pessoas em razão das funções que desempenham, incluiu cinco parágrafos no art. 295 do CPP. Dessa forma, a prisão especial passou a consistir exclusivamente no recolhimento em **local distinto da prisão comum**. Caso não exista estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. Por fim, vale salientar que o preso especial não será transportado juntamente com o preso comum e que os demais direitos e deveres serão os mesmos do preso comum.

A Lei 5.256/1967 estabeleceu que, caso não exista na localidade um estabelecimento adequado para se efetivar a prisão especial, será possível a concessão de **prisão provisória domiciliar**. Para que o réu ou o indiciado permaneça detido em sua residência, o juiz considerará as circunstâncias do crime e ouvirá o Ministério Público. O beneficiário não poderá se afastar da sua residência sem o consentimento do juiz e poderá ficar sob vigilância policial,

desde que exercida com discrição e sem constrangimento para ele e sua família. Ao lado dessa, temos, também, a *prisão domiciliar* prevista no art. 318 do CPP, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei 12.403/2011, cabível apenas, como já visto, ao maior de 80 anos, à pessoa **extremamente debilitada por motivo de doença grave ou se for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência, e, por fim, à gestante a partir do 7.º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco**. Trata-se, é bom que se diga, de medida cautelar substitutiva da prisão preventiva.

Por fim, o Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994), em seu art. 7.º, V, estabelece, dentre os direitos do advogado, o de não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, a não ser em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, o de permanecer em prisão domiciliar, desde que se trate de crime cometido em razão do exercício profissional (o STF, por meio do julgamento da ADIn 1.127-8 declarou inconstitucional a expressão "assim reconhecidas pela OAB", prevista no referido inciso V). Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece que a privação de liberdade do advogado em cela de delegacia de polícia não atende à exigência de prisão especial, na forma preconizada no art. 7.º, V, da Lei 8.906/1994.

9.2.2 Prisão em flagrante

Flagrante, segundo o saudoso Prof. Mirabete, "é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a *certeza visual do crime*" (op. cit. p. 370).

A prisão em flagrante, até o advento da Lei 12.403/2011, que entrou em vigor em 4 de julho de 2011, era considerada, ao lado da prisão temporária e da prisão preventiva, espécie de prisão cautelar ou processual. Doravante, deixa a prisão em flagrante de ser espécie de prisão processual?

A resposta, para parcela da doutrina, é positiva. Isso porque, conforme será visto mais à frente, o art. 310 do CPP, com a nova redação que lhe foi conferida pela sobredita lei, prevê expressamente que o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá tomar uma das seguintes providências:

a) relaxar a prisão, se esta for ilegal;

b) convertê-la em prisão preventiva, preenchidos os requisitos do art. 312, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (vide art.

319 do CPP); e

c) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ora, extrai-se do acima exposto que a prisão em flagrante não poderá perdurar após o envio do respectivo auto ao Poder Judiciário, concluindo-se, pois, que se trata de **medida prévia** ou **preparatória** à decretação de outra medida cautelar (prisão preventiva ou medidas cautelares diversas da prisão). Há quem diga que, a partir das recentes alterações promovidas ao CPP, a prisão em flagrante passa a ter a natureza de **medida precautelar**. Servirá apenas e tão somente para a **cessação da atividade criminosa** e o **encaminhamento do agente delitivo à Delegacia de Polícia**, a fim de que, sendo o caso, seja instaurado o competente inquérito policial. Com o encaminhamento dos autos à autoridade judiciária, esta, como dito anteriormente, não poderá manter o agente preso por força da flagrância, devendo colocá-lo em liberdade (seja em razão do relaxamento da prisão, por ilegalidade, seja por desnecessidade, concedendo-se a liberdade provisória, cumulada, ou não, com medidas cautelares diversas da prisão) ou converter a prisão em flagrante em preventiva. De toda sorte, continuamos a sustentar que a prisão em flagrante é espécie de prisão cautelar ou processual, porém, com duração preestabelecida (24 horas para o encerramento do auto de prisão em flagrante e, no máximo, 48 horas para o juiz deliberar sobre o arbitramento, ou não, de fiança).

Em prosseguimento, o Código de Processo Penal prevê três espécies de flagrante:

a) o flagrante próprio (ou real – art. 302, I e II);

b) o impróprio, irreal ou “quase flagrante” (art. 302, III); e

c) o presumido (ou “ficto” – art. 302, IV).

O ***flagrante próprio*** ocorre quando o agente está cometendo o crime ou quando acabou de cometê-lo, estando ainda no local (art. 302, I e II, do CPP). Exemplo: o bandido que é surpreendido apontando a arma para uma vítima.

O ***flagrante impróprio*** ocorre quando o sujeito é perseguido, logo após a prática da infração penal, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor do fato (art. 302, III, do CPP). A perseguição, que deve ser ininterrupta, não está sujeita a nenhum lapso temporal, podendo ser efetuada durante alguns dias ou até meses após a consumação do crime. Exemplo: após a subtração, o bandido em fuga é flagrado por policiais que imediatamente iniciam

a perseguição que resulta em sua captura.

Já o ***flagrante presumido*** (ou ficto) ocorre quando o agente é encontrado *logo depois* de praticar o crime com instrumentos, papéis, armas e outros elementos que façam presumir ser ele o autor da infração. Exemplo: o bandido, sem ser perseguido, é encontrado a quinhentos metros distante do local do furto, ainda com os pertences da vítima em uma sacola. Nas infrações permanentes (exemplo: extorsão mediante sequestro), entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (art. 303 do CPP).

A *doutrina* apresenta, ainda, *outras espécies*: flagrante obrigatório; flagrante facultativo; flagrante preparado; flagrante esperado; flagrante prorrogado; e flagrante forjado.

O ***flagrante obrigatório*** ou *compulsório* é aquele no qual a autoridade policial e seus agentes, em virtude do seu poder/dever de proteger a sociedade, são obrigados a efetuar a prisão do sujeito que se encontra em situação de flagrante, sob pena de incursão nas penas do crime de prevaricação (art. 301, 2.ª parte, do CPP).

O flagrante facultativo, diferentemente do obrigatório, consiste na faculdade que possui qualquer pessoa do povo, diante de uma situação de flagrante, em efetuar ou não a prisão daquele que se encontra numa das situações de flagrância, tendo em vista critérios de oportunidade e conveniência (art. 301, 1.ª parte, do CPP). Essa espécie não se refere às autoridades policiais (que como já visto têm o dever de efetuá-lo), mas sim a qualquer cidadão comum.

O ***flagrante preparado*** ou *provocado* ocorre quando alguém induz outrem à prática de um crime e este, concomitantemente, toma providências para que aquele seja surpreendido e preso em flagrante. Trata-se de uma modalidade de crime impossível que torna nulo o ato. É o que dispõe a Súmula 145 do STF: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Também é chamado por parte da doutrina de delito putativo por obra do agente provocador, delito de ensaio ou de experiência.

Já o ***flagrante esperado*** ocorre quando o policial ou terceiro, tomando conhecimento da prática de crimes em um determinado local, fica a esperar o momento da prática delituosa para que seja efetuada a prisão em flagrante sem, contudo, induzir o agente. O ato é perfeitamente válido. Afinal, não houve qualquer provocação da ação criminosa.

A Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado) prevê uma outra espécie de

flagrante, *o prorrogado* (ou retardado, ou protelado), que consiste em adiar a intervenção policial, desde que a atividade dos agentes seja mantida sob observação e acompanhamento, aguardando-se o momento mais oportuno para a efetivação da prisão e a colheita de provas (art. 3.º, III, da referida lei). Também é admitido na nova Lei de Drogas (art. 53, II, da Lei 11.343/2006). O flagrante retardado de que ora se trata é também denominado pela doutrina de *ação controlada*. Exige-se, todavia, para sua realização, autorização judicial, nos moldes previstos pelo parágrafo único, do art. 53 da Lei de Drogas.

Finalmente o ***flagrante forjado*** ocorre quando o agente policial ou um terceiro criam provas de um crime que na realidade não foi praticado, como esfregar a arma do crime na mão de um inocente para culpá-lo por um homicídio. Nessa situação não haverá crime consumado nem tentado e as pessoas responsáveis poderão incorrer nas penas previstas para os crimes de denunciação caluniosa, concussão, abuso de autoridade etc.

Qualquer pessoa, em regra, *pode ser presa em flagrante* (sujeito passivo). ***Excepcionalmente***, não poderão ser presas em flagrante:

a) o *Presidente da República* (art. 86, § 3.º, da CF – "enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito à prisão");

b) os *diplomatas estrangeiros*, em decorrência de tratados e convenções internacionais, e

c) os *menores de 18 anos* (que, por serem inimputáveis, estão sujeitos à disciplina da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a aplicação de medidas socioeducativas para o adolescente infrator; se o adolescente for surpreendido no momento em que pratica um ato infracional, poderá ser ***apreendido*** e levado à autoridade policial, não se falando em "prisão" em flagrante).

A prisão em flagrante também é possível, em regra, em todos os crimes, qualquer que seja a ação penal a ser seguida. Entretanto, nos *crimes de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação*, o respectivo auto de prisão só poderá ensejar a instauração de inquérito policial a *requerimento da vítima*. Caso contrário, não se poderá sequer manter o autuado preso.

Ainda, a Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro – determina que não poderá ser autuado em flagrante o sujeito que presta pronto e integral socorro à vítima de delito de trânsito. A Lei 9.099/1995 – Juizados Especiais Cíveis e Criminais – também veda a autuação em flagrante do autor de crime de menor potencial ofensivo que, após a lavratura de Termo Circunstanciado, for

imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir, perante a autoridade policial, o compromisso de a ele comparecer.

É importante destacar que em relação aos *crimes habituais* a prisão em flagrante exige *prova da reiteração de atos* que traduzam o comportamento criminoso (*habitualidade*).

De acordo com o art. 304 do CPP, alterado pela Lei 11.113/2005, apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva, suas respectivas assinaturas, e lavrando a autoridade, ao final, o auto. Trata-se do denominado ***flagrante eficiente***, na medida em que, especialmente em relação às testemunhas e condutores do preso (geralmente policiais militares ou guardas municipais), serão quase que imediatamente "liberados" da Delegacia de Polícia, após serem ouvidos, não mais tendo que aguardar o total desfecho da lavratura do auto.

Se resultar das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

Conforme determina o § 3.º do aludido dispositivo, também alterado pela Lei 11.113/2005, quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas que tenham ouvido sua leitura na presença do acusado.

Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal. Como todo ato administrativo, o auto de prisão em flagrante goza da presunção de legitimidade até prova em contrário.

Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.

Nos termos do art. 306 do CPP, modificado pela Lei 11.449, de 15 de janeiro de 2007, e, também, pela recente Lei 12.403/2011, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados **imediatamente** ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. Ainda,

dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a **Defensoria Pública**. No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. Caso a nota de culpa não seja entregue ao acusado, o flagrante deverá ser relaxado por falta de formalidade essencial.

Verifica-se que o legislador, querendo evitar prisões ilegais ou desnecessárias, determinou a remessa de cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, que, se for o caso, poderá requerer o relaxamento da prisão do agente (se ilegal) ou a liberdade provisória (sendo válido o flagrante), sem prejuízo da comunicação da prisão ao Ministério Público.

Se for o caso, em decorrência do disposto no art. 5.º, LXV, da CF e dos arts. 304 e seguintes do CPP, o ***flagrante será relaxado*:**

a) quando faltar formalidade essencial na lavratura do auto;
b) quando o flagrante tiver sido forjado ou provocado;
c) quando o fato não constituir ilícito penal; e
d) quando houver injustificado excesso de prazo na instrução processual, que caracteriza o constrangimento ilegal.

Da decisão que determina o relaxamento do flagrante cabe recurso em sentido estrito (art. 581, V, do CPP) e da decisão que indefere o pedido de relaxamento não cabe nenhum recurso, mas admite-se a impetração de *habeas corpus*.

Finalmente, encaminhado o auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária competente, esta deverá, fundamentadamente:

a) *relaxar a prisão ilegal* (art. 310, I, do CPP);
b) *converter a prisão em flagrante em preventiva*, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 310, II, do CPP); ou
c) *conceder liberdade provisória*, com ou sem fiança (art. 310, III, do CPP).

9.2.3 Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma medida cautelar que visa resguardar os interesses sociais de segurança, podendo ser decretada, nos moldes da nova redação dada ao art. 311 do CPP pela Lei 12.403/2011, pelo juiz, de ofício, desde que no curso

da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação e, ainda, por meio de representação da autoridade policial, evidentemente na fase de inquérito.

Em resumo:

a) na *fase de investigação*, a prisão preventiva não poderá ser decretada de ofício pelo magistrado, dependendo, pois, de *provocação* (representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante);
b) no *curso da ação penal*, poderá ser decretada de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, querelante ou assistente de acusação.

São requisitos da prisão preventiva:

I – ***pressupostos*:** exige que a prisão seja decretada somente quando houver *prova da existência* (materialidade) do crime e *indícios suficientes da autoria* (art. 302, *caput*, do CPP), configurando, assim, o *fumus boni iuris* (ou, como preferem alguns, *fumus comissi delicti*) que justifica a medida. Referidos pressupostos constam do art. 312, *caput*, do CPP;

II – ***fundamentos*:** são os motivos ou os elementos que indicam a **necessidade** da medida, configurando o *periculum libertatis* (art. 312 do CPP):

a) garantia da ordem pública (em decorrência da periculosidade do réu para a sociedade e da gravidade da infração, muito embora tais fatores, de acordo com o STF, devam ser comprovados no caso concreto, não bastando a mera "gravidade em abstrato" do delito),
b) conveniência da instrução criminal (quando o réu dificulta ou inviabiliza a prova processual como, por exemplo, na hipótese em que ameaça as testemunhas),
c) para a garantia da futura aplicação da lei penal (quando o réu está foragido ou prestes a foragir, inviabilizando o futuro cumprimento da pena) e
d) para a garantia da ordem econômica (nos crimes contra a ordem tributária, o sistema financeiro e a ordem econômica). *Basta que apenas um desses fundamentos (letras a,b,c ou d) esteja presente*.

III – ***condições de admissibilidade*:** são aquelas previstas no art. 313, incisos I a III, e parágrafo único, do CPP, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei 12.403/2011. Assim, admite-se a decretação da prisão preventiva:

a) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
b) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;
c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
d) 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.

No tocante às condições de admissibilidade acima indicadas, vê-se que, atualmente, é admissível a decretação de prisão preventiva não apenas nos crimes dolosos punidos com reclusão, mas, qualquer que seja a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), desde que a pena máxima cominada supere quatro anos.

Por outro lado, *não se admite a decretação da prisão preventiva* nas *contravenções penais*, nos *crimes culposos*, bem como quando o *juiz verificar*, de acordo com os elementos probatórios constantes dos autos, que o *agente praticou o ato acobertado por uma excludente da ilicitude* (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito – art. 23 do CP), conforme dispõe o art. 314 do CPP.

Finalmente, a prisão preventiva poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, consoante dispõem os arts. 282, § 4.º, e 312, parágrafo único, do CPP, após o advento da Lei 12.403/2011. Trata-se, aqui, de verdadeira *prisão-sanção*, ou seja, decorrente da inobservância, pelo indiciado ou acusado, das medidas cautelares diversas da prisão. Se as descumprir, verificar-se-á a inidoneidade delas, o que ensejará o decreto de prisão preventiva.

Levando em consideração os impedimentos e requisitos expostos, para que seja decretada a prisão preventiva se faz necessária a observação da conjugação deles. Vejamos quadro que segue:

A	+	B	+	C
1. Ser *crime* (não contraven ção) ***e*** *doloso* (não culposo) + 2. Presença dos *indícios de autoria* ***e*** *prova da materialidade*		1. Apenado com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos 2. Reincidente 3. Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência 4. Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer	1. Garantia da ordem pública ***ou*** 2. Conveniência da instrução criminal ***ou*** 3. Garantia da aplicação da le i penal ***ou***

	elementos suficientes para esclarecê-la	4. Garantia da Ordem econômica ***ou*** 5. Em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

Assim, para se fundamentar a prisão preventiva necessariamente devem estar presentes os fatores apontados no item A (integralmente), ao menos um do item B, e também, ao menos, um do item C.

Contra a decisão que decreta a prisão preventiva, considerada interlocutória simples, não cabe nenhum recurso, admitindo-se somente *habeas corpus*. Contra a decisão que indefere o pedido de prisão preventiva e contra a que a revoga cabe recurso em sentido estrito.

Não é demais lembrar que a prisão preventiva somente poderá ser decretada se as outras medidas cautelares diversas da prisão não se afigurarem adequadas ou suficientes à preservação do processo penal (investigação criminal ou instrução processual e garantia de aplicação da lei penal) ou da sociedade (garantia da ordem pública ou econômica).

9.2.4 Prisão temporária

A prisão temporária, prevista na Lei 7.960/1989, é uma medida acautelatória de restrição de liberdade de locomoção, por tempo determinado, que se presta a possibilitar a investigação de crimes considerados graves durante a fase do inquérito policial. Não é cabível a decretação da prisão temporária na fase judicial da persecução penal.

A prisão temporária, de acordo com o art. 1.º, é cabível:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1.º, I, da Lei 7.960/1989);

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1.º, II, da Lei 7.960/1989);

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, *caput* e seu § 2.º do CP);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput* e seus §§ 1.º e 2.º, do CP);

c) roubo (art. 157, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, do CP);

d) extorsão (art. 158, *caput* e seus §§ 1.º e 2.º, do CP);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, do CP);

f) estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP [art. 213, *caput*, do CP, alterado pela Lei 12.015/2009, que também revogou o art. 223 do CP]);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP [crime revogado pela Lei 12.015/2009]);

h) rapto violento (art. 219 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP [crime revogado pela Lei 11.106/2005]);

i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º, do CP);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285 do CP);

l) quadrilha ou bando (art. 288 do CP) [atual associação criminosa, conforme Lei 12.850/2013];

m) genocídio em qualquer de suas formas típicas (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889/1956);

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/1976 [obs: o texto original da lei ainda faz remissão ao revogado diploma, devendo ser interpretado como arts. 33 a 37 da Lei 11.343/2006]);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492/1986).

A prisão temporária será sempre decretada pelo juiz, em face de **representação da autoridade policial** ou **requerimento do Ministério Público**, não se admitindo, é bom frisar, requerimento do assistente de acusação para tanto, até porque a custódia cautelar ora analisada somente é decretada ***antes*** da ação penal, pelo que impossível tenha a vítima ou seus parentes se habilitado como assistente na fase extrajudicial da persecução penal. Ainda, não se admite decreto de prisão temporária *de ofício* pelo magistrado. Seu prazo de duração será de cinco dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2.º da Lei 7.960/1989). Quando se tratar de crimes hediondos e os equiparados (Tráfico de drogas, Terrorismo e Tortura – lembre-se da sigla TTT), o art. 2.º, § 4.º, da Lei 8.072/1990 determina que o prazo da prisão temporária é de 30 dias, prorrogáveis por igual período também em caso de extrema e comprovada necessidade.

Para que a prisão seja decretada é necessária a prática de um dos crimes relacionados no inciso III e da situação prevista no inciso I ou no inciso II (não se exige, portanto, a cumulação dos requisitos previstos nos incisos I, II e III). O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento (art. 2.º, § 2.º, da Lei 7.960/1989). A prisão somente poderá

ser executada depois da expedição do mandado judicial (§ 5.º) e, decorrido o prazo da detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, independentemente de alvará de soltura, salvo se já tiver sido decretada a sua prisão preventiva (§ 7.º). A manutenção da prisão temporária fora do prazo legal sujeita a autoridade às penas previstas para o crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/1965).

De acordo com o art. 3.º da Lei 7.960/1989, os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

A seguir quadro que mostra as **distinções**, em determinadas situações, entre a prisão preventiva e a prisão temporária.

	Prisão Preventiva	**Prisão Temporária (Lei 7.960/1989)**
Momento da decretação	Antes do inquérito policial até o trânsito em julgado da decisão.	Somente durante a fase do inquérito policial.
Forma de cumprimento	Por mandado de prisão.	
Decretação pelo juiz	Pode ser de ofício, a requerimento do Ministério Público do assistente querelante ou mediante representação da autoridade policial.	Somente a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.
Prazo de duração	Não há prazo determinado.	Regra: 5 dias (prorrogáveis por igual prazo); Exceção: 30 dias (prorrogáveis por igual prazo) para crimes hediondos e equiparados.
Requisitos	1. Pressupostos: prova da existência (materialidade) do crime e indícios suficientes da autoria. 2. Fundamentos: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) para a garantia da futura aplicação da lei penal e d) para a garantia da ordem econômica. Obs.: Basta que apenas um desses fundamentos esteja presente. 3. Condições de admissibilidade: a) crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; b) reincidência; c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; d) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.	1. quando for imprescindível para as investigações durante o inquérito policial; 2. quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; 3. quando houver indícios de autoria nos crimes relacionados no art. 1.º, III.
Prazo da istrução	O período em que o acusado estiver preso será computado no prazo máximo para a instrução processual.	O prazo não será computado.

9.2.5 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Revogação do art. 594 do CPP. Ainda existe tal modalidade de prisão cautelar?

Até a 5.ª edição deste livro, consignávamos que os comentários ao art. 594 do CPP, que tratava da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, eram aqueles que se conformavam com o Código de Processo Penal.

No entanto, a Lei 11.719/2008 revogou expressamente o art. 594 do CPP. Portanto, podem surgir as seguintes indagações: não mais existe a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível? Para apelar, o réu não mais precisa recolher-se à prisão?

A resposta aos questionamentos é a seguinte: **ainda é possível a decretação de prisão por ocasião da sentença condenatória recorrível**. Todavia, não mais podemos afirmar que se trata de ***espécie autônoma*** de prisão cautelar (processual ou provisória). E assim o é por força do § 1.º, inserido ao art. 387 do CPP pela Lei 12.736/2012: "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" (grifamos).

Destarte, uma vez proferida a sentença condenatória em processo penal no qual o réu tenha permanecido em liberdade durante a fase instrutória, se presentes os requisitos autorizadores da **prisão preventiva**, poderá esta ser decretada, de maneira fundamentada. Ainda, se o acusado já se encontrar no cárcere por força da mesma espécie de prisão cautelar, poderá assim permanecer se o magistrado entender necessário. Em qualquer caso, será de rigor que haja fundamentação na prisão processual mantida ou decretada quando da prolação da sentença penal condenatória recorrível.

De acordo com o revogado art. 594 do CPP, o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se fosse primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livrasse solto. Portanto, sendo o acusado condenado à pena privativa de liberdade, não lhe seria decretada a prisão se fosse primário e de bons antecedentes. A leitura fria da lei poderia conduzir o intérprete ao entendimento de que apenas o réu primário e de bons antecedentes poderia permanecer em liberdade após ser condenado em 1.ª instância. Caso contrário, a prisão seria de rigor, ainda que pendesse recurso de apelação, somente admitido

após a prisão do réu.

Todavia, já era entendimento doutrinário e jurisprudencial que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível jamais poderia ser obrigatória, exigindo-se, para a sua decretação, a necessidade da presença dos requisitos da prisão preventiva (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

A regra do então art. 594 do CPP sofria algumas **exceções** de acordo com a natureza do crime em que houvesse condenação. Assim, para os **crimes hediondos** (art. 2.º, § 3.º, da Lei 8.072/1990), para os crimes de **lavagem de capitais** (antes da revogação do art. 3.º da Lei 9.613/1998 pela Lei 12.683/2012), tráfico de drogas (art. 59 da Lei 11.343/2006) e para os crimes contra o **sistema financeiro nacional** (art. 31 da Lei 7.492/1986), os condenados, mesmo primários e de bons antecedentes, deveriam se recolher à prisão para apelar, devendo o juiz decidir fundamentadamente. No entanto, ressaltamos as mesmas considerações feitas anteriormente: a prisão como condição para apelar deve atentar aos requisitos de toda e qualquer medida cautelar, sem o que se estará violando, a um só tempo, os princípios da não culpabilidade e da liberdade, ambos com sede constitucional.

É importante destacar, por fim, o teor da Súmula 9 do STJ, pelo qual "a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência"; e da Súmula 267: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão".

Porém, importa registrarmos que toda prisão processual, anterior, portanto, ao trânsito em julgado, somente pode ser efetivada a título de *cautelaridade*, tratando-se de medida de *ultima ratio*, mormente com a admissibilidade de decretação de medidas cautelares diversas da prisão (Lei 12.403/2011), sob pena de ser ofendido o princípio constitucional da presunção do estado de inocência ou de não culpabilidade. O só fato de o réu ser reincidente ou portador de maus antecedentes, *per si* não pode levar à conclusão de que a prisão cautelar é obrigatória. Com o advento da CF/1988, nenhuma prisão cautelar tem natureza obrigatória. Portanto, sem motivação idônea para o recolhimento do agente ao cárcere, a inconstitucionalidade será manifesta. Cabe ao Judiciário, pois, atento aos preceitos da Carta Magna, afastar normas a ela atentatórias, somente decretando a prisão, como condição para recorrer da sentença, se houver necessidade (leia-se: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* ou *periculum libertatis*).

Concluindo, pode-se afirmar que **deixa de existir**, após a edição da Lei 11.719/2008, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível como espécie ou modalidade autônoma de prisão cautelar. Todavia, ainda é possível que, por ocasião da prolação da sentença condenatória recorrível, decrete o magistrado a segregação cautelar do acusado, desde que presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Portanto, trata-se, aqui, de prisão preventiva, e não mais de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Assim, doravante, a prisão preventiva poderá ser decretada em quatro momentos distintos:

a) durante as investigações (*fase inquisitiva*);
b) durante a ação penal;
c) por ocasião da sentença condenatória recorrível e;
d) por ocasião da decisão de pronúncia.

9.2.6 Prisão decorrente de pronúncia. Ainda existe tal modalidade de prisão cautelar?

A primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, conforme será visto adiante, encerra-se com a decisão de pronúncia em que o juiz, convencido da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, submete o réu a julgamento em Plenário (art. 413 do CPP, após a reforma promovida pela Lei 11.689/2008).

Na decisão de pronúncia, conforme estabelece o § 2.º do aludido artigo, se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória. Ainda, o § 3.º prescreve que o juiz decidirá, motivadamente, a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão.

Assim, em se tratando de crime afiançável, deverá o juiz, ao pronunciar o réu que eventualmente se encontrava preso por força de flagrância, arbitrar a fiança, desde que preenchidos os seus requisitos. Já se o crime em que o réu se achar incurso for inafiançável, deverá o magistrado, fundamentadamente, manter a prisão processual que até então pesava sobre o agente ou, em caso de haver respondido em liberdade, decretar a prisão.

O fato de o réu ser primário ou de bons antecedentes não será de imprescindível análise para que a sua prisão seja mantida ou decretada. Os parâmetros a serem avaliados serão os mesmos da **prisão preventiva**.

No mais, os comentários do item anterior acerca da necessidade da prisão, aqui de natureza cautelar, valem para a custódia decorrente de decisão de pronúncia.

Após a reforma processual penal de 2008, especificamente com a edição da Lei 11.689/2008, que modificou o procedimento especial do Júri (arts. 406 a 497 do CPP), cremos ter findado a prisão decorrente de pronúncia como modalidade ou espécie autônoma de prisão cautelar, tal qual a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Assim, será possível ao magistrado, por ocasião da decisão de pronúncia, desde que presentes os requisitos autorizadores, decretar a prisão preventiva, nos moldes preconizados no Título IX, do Livro I, do CPP, conforme faz alusão o § 3.º do at. 413 do referido *Codex*.

9.2.7 Considerações finais sobre a prisão

À luz da atual redação conferida ao art. 300 do CPP pela Lei 12.403/2011, as pessoas presas provisoriamente *ficarão* separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da Lei de Execução Penal. Veja que não se trata de uma discricionariedade das autoridades prisionais, mas, sim, de uma imposição legal. No tocante ao militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes (art. 300, parágrafo único, do CPP).

Cabe, ainda, ressaltar que o § 2.º do art. 387 do CPP, inserido pela Lei 12.736/2012, estabelece que o tempo de prisão administrativa, provisória ou internação (no Brasil ou no exterior) será computado para fins de regime inicial de pena privativa de liberdade.

No tocante aos mandados de prisão, andou bem o legislador ao prever a criação de um *banco de dados nacional*, a cargo do CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

De acordo, portanto, com o novel art. 289-A, inserido ao CPP pela já citada Lei 12.403/2011, o juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

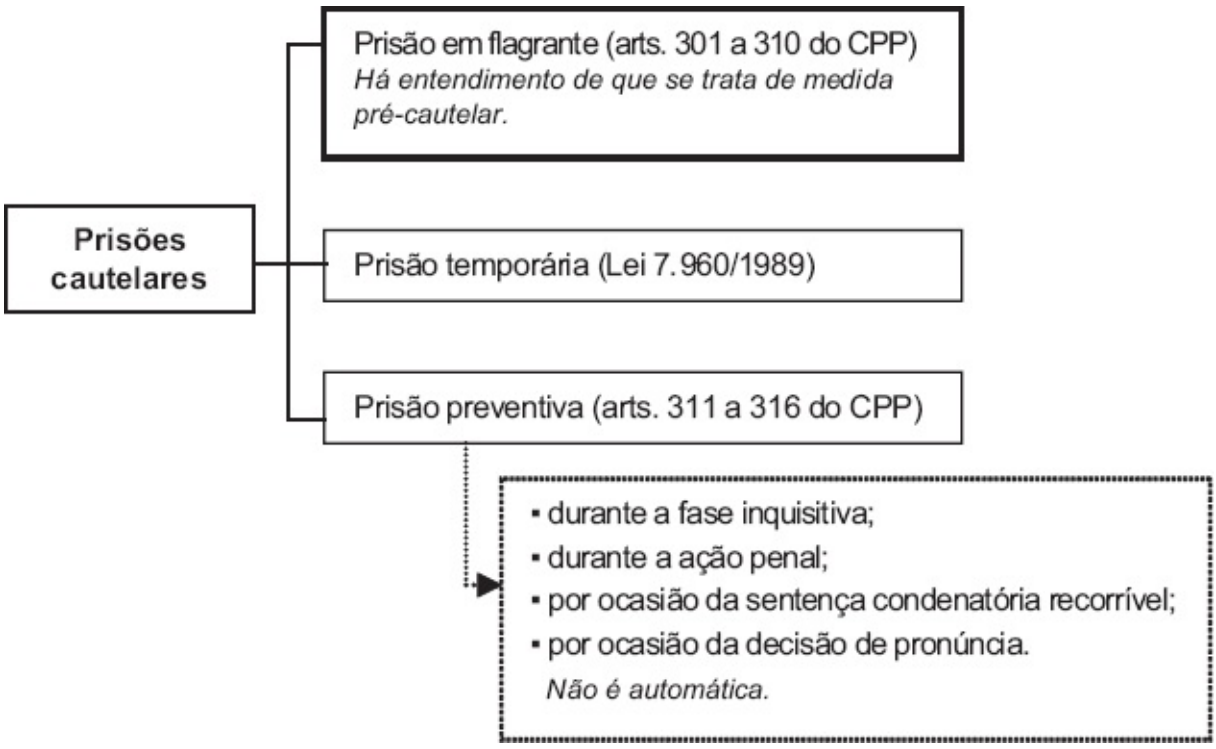
Doravante, qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

Ainda, qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, mesmo que *sem registro* no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do *caput* deste artigo.

Sendo realizada, a prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida, o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou. O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5.º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, a Defensoria Pública será comunicada. Em caso de haver dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2.º do art. 290 do CPP (*quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida*).

Finalmente, caberá ao Conselho Nacional de Justiça regulamentar o registro do mandado de prisão, nos termos do precitado art. 289-A do CPP.

9.2.8 Quadro-resumo das espécies de prisão cautelar após a reforma processual penal de 2008



9.3 LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória tem por finalidade garantir ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer da persecução penal, vinculando-o ou não a determinadas obrigações.

É importante ressaltar que não deve ser confundida a *liberdade provisória* com o *relaxamento de prisão em flagrante*. O relaxamento de prisão em flagrante, previsto no art. 5.º, LXV, da CF, será obrigatório quando a prisão for *ilegal* (não obedecer às formalidades legais), quando eivada de algum vício ou quando verificado excesso de prazo (seja para a conclusão do inquérito policial, para o oferecimento de denúncia ou queixa, ou ainda, para a conclusão da instrução criminal). Contrariamente, a liberdade provisória irá substituir uma *prisão legal*, impondo certas condições, que, se não cumpridas, acarretam, como será visto adiante, sanções ao acusado (a perda do benefício).

A liberdade provisória será sempre obrigatória se não preenchidos os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva (veja quadro no item 9.2.3), de acordo com a própria Constituição Federal, art. 5.º, LXVI, que estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela será mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

À luz das recentes alterações promovidas pela Lei 12.403/2011, podemos, de forma sistematizada, dividir a liberdade provisória nas seguintes espécies:

a) *liberdade provisória vinculada, sem conjugação com outra medida cautelar diversa da prisão* (conforme será visto adiante): quando o juiz verificar que o agente agiu amparado por alguma causa excludente da antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de um direito – art. 23 do CP), consoante dispõe o art. 310, parágrafo único, do CPP. Diz-se, neste caso, que a liberdade provisória é *vinculada*, pois o beneficiário ficará obrigado a comparecer aos atos processuais. Ainda, nenhuma medida cautelar diversa da prisão será conjugada à liberdade provisória concedida;

b) *liberdade provisória vinculada sem fiança, com possibilidade de conjugação de outra medida cautelar diversa da prisão* (conforme será visto adiante): decorrente do art. 350 do CPP, dar-se-á quando o indiciado ou acusado for *pobre* e não tiver, portanto, condições de pagar a fiança. Neste caso, ficará obrigado a comparecer aos atos do processo e não mudar de residência sem autorização do juízo, ou, ainda, ausentar-se da comarca por mais de oito dias sem comunicar ao juiz (arts. 327 e 328, ambos do CPP), razão pela qual se diz que a liberdade provisória é *vinculada*. Será possível que o magistrado conjugue ao benefício processual outra medida cautelar diversa da prisão;

c) *liberdade provisória conjugada, ou não, com medida cautelar diversa da prisão*: será cabível quando o juiz verificar a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva (art. 310, III, c/c o art. 312, ambos do CPP). Assim, poderá o juiz conceder pura e simplesmente a liberdade provisória, que será desvinculada (ou seja, não se exigirá do agente o comparecimento aos atos do processo), ou o benefício poderá ser conjugado com medida cautelar diversa da prisão, hipótese em que o agente deverá cumprir a medida, sob pena de revogação e, em último caso, decretação de prisão preventiva, consoante o art. 282, § 4.º, do CPP.

Conforme será visto no item a seguir, a fiança deixa de ser uma simples modalidade de liberdade provisória, tornando-se mais uma medida cautelar diversa da prisão.

Em prosseguimento, existiam alguns ***crimes insuscetíveis de liberdade provisória***, tais como:

- os decorrentes da prática do racismo (art. 5.º, XLII, da CF e Lei 7.716/1989 – que são imprescritíveis);
- os hediondos e os assemelhados (arts. 5.º, XLIII, da CF e 2.º, II, da Lei 8.072/1990, antes das alterações promovidas pela Lei 11.464/2007);
- a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5.º, XLIV, da CF – também são imprescritíveis);
- os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (antes da revogação do art. 3.º da Lei 9.613/1998 pela Lei 12.683/2012); e
- os crimes previstos nos arts. 16 a 18 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

Contudo, com o advento da Lei 11.464/2007, que alterou a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), além de passar a ser admitida a progressão de regime aos referidos crimes, bem como aos assemelhados (desde que cumpridos 2/5 da pena, se os agentes forem primários, ou 3/5 se reincidentes), também **se tornou possível a concessão de liberdade provisória**. E assim o é porque a aludida lei modificadora excluiu do inciso II do art. 2.º da Lei 8.072/1990 a expressão "liberdade provisória". Tal dispositivo explicitava a insuscetibilidade da concessão de referido benefício, o que não foi repetido pela Lei 11.464/2007. Logo, ante o silêncio do novel diploma, em nossa ordenação jurídica passou a ser possível o deferimento de liberdade provisória aos agentes acusados de crimes hediondos.

Destarte, se para os acusados de crimes hediondos (em tese os mais graves previstos, já que contam inclusive com tratamento constitucional – art. 5.º, XLIII, da CF) é possível a concessão de liberdade provisória, perde o sentido e a razoabilidade a sua vedação a qualquer outra hipótese, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Especificamente no tocante aos crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), que eram insuscetíveis de liberdade provisória, conforme prescrevia o seu art. 21, o Supremo Tribunal Federal, julgando ação direta de inconstitucionalidade, declarou tal vedação inconstitucional, por ofensa ao princípio do estado de inocência.

Quando se tratar de infrações de menor potencial ofensivo (são as contravenções penais e os crimes cominados com pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, independentemente do seu procedimento – art. 61 da Lei 9.099/1995, alterado pela Lei 11.313/2006), a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará Termo Circunstanciado e o encaminhará juntamente com o autor do fato ao Juizado. Caso o autor seja imediatamente encaminhado ou assuma o compromisso de a ele comparecer, não se impõe, assim, a prisão em flagrante nem a exigência de fiança (art. 69 da Lei 9.099/1995).

Finalmente, importa notar que a nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), em seu art. 44, veda a concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico, maquinismos para o tráfico, associação para o tráfico, financiamento ou agenciamento para o tráfico e colaboração para o tráfico (arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37). Contudo, entendemos que toda e qualquer vedação abstrata à liberdade provisória afigura-se desarrazoada, não se podendo admitir, em um Estado

Democrático de Direito, que o legislador subtraia do Poder Judiciário a análise do caso concreto e, principalmente, dos requisitos necessários à manutenção de uma prisão cautelar. Essa mesma linha de raciocínio foi seguida recentemente pelo STF, no julgamento do HC 104.339, ao entender que proibição da liberdade provisória para esses crimes é inconstitucional.

9.4 FIANÇA

A fiança, no direito privado, é o contrato acessório, pelo qual o fiador garante o adimplemento da obrigação principal do afiançado, caso este não venha a cumpri-la. No direito processual penal é o **direito subjetivo constitucional** que assegura ao acusado, mediante a prestação de uma garantia real ou caução e o cumprimento de determinadas obrigações, o direito de conservar sua liberdade até que sobrevenha eventual sentença condenatória irrecorrível. A fiança deve ser arbitrada expressamente, devendo seus termos, em caso de dúvida, serem interpretados a favor do fiador.

De acordo com a atual redação do art. 319 do CPP, a fiança constitui uma das *medidas cautelares diversas da prisão* (inciso VIII).

Com o advento da Lei 12.403/2011, o instituto da fiança volta a ganhar importância no processo penal, especificamente àquele tipo de criminalidade que causa grande repercussão econômica (crimes contra ordem tributária, sistema financeiro, ordem econômica, economia popular etc.).

Diversamente do que ocorria antes da recente reforma do CPP, operada pela referida Lei 12.403/2011, a fiança, em regra, era admitida para aqueles crimes cuja pena mínima cominada não superasse dois anos. Porém, atualmente, a fiança será, em regra, admitida.

Assim, podemos afirmar, à luz da atual redação conferida aos arts. 323 e 324, ambos do CPP, que a fiança sempre será admitida, ***exceto*:**

a) nos crimes de racismo;

b) nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

c) nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

d) aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 do CPP;

e) em caso de prisão civil ou militar;

f) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Conforme dispõe o art. 329 do CPP, a fiança pode ser **prestada pelo próprio preso ou por terceiro em seu favor**. Pode ser concedida de ofício ou a requerimento do interessado ou de terceiro (este passa a ser sujeito secundário no processo, podendo recorrer contra a decisão que determina a quebra ou a perda da fiança).

Nos casos em que é admitida, a fiança pode ser prestada enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 334 do CPP). É incabível, portanto, durante a execução da pena.

Conforme nova redação dada ao art. 325 do CPP pela Lei 12.403/2011, o valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

I – de **1 (um) a 100 (cem) salários mínimos**, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a **4 (quatro) anos;**

II – de **10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos**, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for **superior a 4 (quatro) anos**.

Se assim recomendar a ***situação econômica do preso***, a fiança poderá ser:

I – **dispensada**, na forma do art. 350 do CPP;

II – **reduzida** até o máximo de **2/3 (dois terços);** ou

III – **aumentada** em até **1.000 (mil) vezes**.

Portanto, o **primeiro critério** a ser analisado para a fixação do valor da fiança é a **quantidade de pena privativa de liberdade máxima** cominada à infração penal: a) até 4 anos; e b) superior a 4 anos.

Na sequência (**segundo critério**), deve-se analisar a **condição econômica do preso:** a) se for *pobre*, deixa-se de arbitrar a fiança, concedendo-se, se o caso, a liberdade provisória, porém, vinculada, nos termos dos arts. 327 e 328, ambos do CPP, ou, ainda, reduz-se o valor até o máximo de 2/3 (dois terços); b) se o agente for abastado, poderá o valor da fiança ser aumentado em até 1.000 (mil) vezes.

Quantidade de pena	Valor da fiança
pena privativa de liberdade, no grau máximo, **não superior a 4 (quatro) anos**	de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos

pena privativa de liberdade, no grau máximo, **superior a 4 (quatro) anos**	de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários-mínimos

De acordo com o art. 326 do CPP, para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

Em caso de prisão em flagrante, será competente para conceder a fiança a autoridade que presidir ao respectivo auto, podendo fazê-lo, nos termos do art. 322 do CPP, nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, pouco importando se o crime for punido com reclusão ou detenção, conforme nova redação dada ao dispositivo pela Lei 12.403/2011.

Não havendo o arbitramento da fiança pela autoridade policial, especialmente naqueles casos em que a pena privativa de liberdade cominada superar quatro anos, caberá ao juiz, em 48 horas, decidir (art. 322, parágrafo único, do CPP). Daí dizer-se que a prisão em flagrante não poderá persistir por mais do que 72 horas: a) 24 (vinte e quatro) horas para a conclusão da lavratura do auto de prisão em flagrante; e b) 48 (quarenta e oito) horas para o juiz decidir sobre a fiança (e, por analogia, sobre o cabimento das demais medidas cautelares disciplinadas no art. 319 do CPP).

Recusando ou retardando, a autoridade policial, a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 horas.

Nos termos do art. 336, *caput*, do CPP, o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das *custas*, da *indenização do dano*, da *prestação pecuniária* e da *multa*, se o réu for condenado.

Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo em caso de reconhecimento da prescrição da pretensão executória, que, embora impeça a execução da pena

definitivamente imposta, não rescinde os efeitos extrapenais da condenação (dentre eles, a obrigação de reparar o dano causado à vítima).

A fiança que se reconheça não ser cabível na espécie será cassada em qualquer fase do processo.

Por fim, vale destacar que a fiança pode ser reforçada, quebrada, cassada ou perdida. De acordo com o art. 340 do CPP, será exigido ***reforço*** do valor da fiança quando:

I – por engano a autoridade fixar valor aquém dos patamares legais;

II – houver depreciação material ou perecimento dos objetos entregues em fiança; e

III – houver alteração na classificação jurídica para crime mais grave, no qual o patamar da fiança seja outro.

Haverá ***quebra*** da fiança, de acordo com a nova redação do art. 341 do CPP, quando o réu:

I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV – resistir injustificadamente a ordem judicial; (Incluído pela Lei 12.403, de 2011)

V – praticar nova infração penal dolosa.

O quebramento injustificado da fiança importará: i) na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, ii) se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

A fiança será ***cassada*** quando:

1) se verificar que a fiança não era cabível (art. 338 do CPP);
2) for reconhecida a existência de crime inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito (art. 339 do CPP);
3) for exigido o reforço na fiança e o acusado não a prestar (art. 340, parágrafo único, do CPP).

A cassação determina a restituição integral do seu valor ao acusado e a obrigação de recolher-se à prisão.

A fiança será ***perdida***, de acordo com a nova redação do art. 344 do CPP, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena

definitivamente imposta. Como consequência, o art. 345 do CPP prevê que, 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.

De acordo com o art. 581, V e VII, do CPP, contra a decisão 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, bem como a que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor caberá recurso em sentido estrito.

9.5 USO INDEVIDO DE ALGEMAS E SÚMULA VINCULANTE 11 DO STF. EFEITOS DE SEU DESCUMPRIMENTO NAS PRISÕES CAUTELARES

De acordo com a Súmula Vinculante 11, aprovada pelo STF, tem-se que: "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".

Com o advento de referida súmula, quis a Excelsa Corte impor às autoridades responsáveis pela prisão de alguém a observância da ***excepcionalidade do uso de algemas***, reservando-o apenas aos casos de resistência, fundado receio de fuga ou perigo à integridade física do próprio preso ou de terceiros, exigindo-se, por escrito, a justificativa para o uso do acessório.

De acordo com a redação da súmula, de caráter vinculante, diga-se de passagem, o seu descumprimento poderá acarretar a responsabilização disciplinar, civil e penal do agente ou autoridade, bem como a ***nulidade da prisão*** ou do ***ato processual*** a que se refere (ex.: decisão proferida em audiência de instrução, indeferindo pedido do advogado para que o réu seja desalgemado, ante a desnecessidade da medida).

Destarte, o desrespeito à súmula gerará a "nulidade" da prisão, vale dizer, sua invalidade, o que, como efeito, ensejará a soltura do preso.

9.6 QUESTÕES

1. (OAB/SP 135.º) Assinale a opção correta no que se refere aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

a) É possível a prisão preventiva no crime de ameaça, punido com detenção, se resulta de violência contra a mulher no âmbito familiar.

b) Para a concessão de medidas protetivas de urgência, é necessária a audiência das partes.

c) Permite-se a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica.

d) Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida, não será admitida renúncia à representação.

2. (VIII Exame de Ordem Unificado – FGV) O deputado "M" é um famoso político do Estado "Y", e tem grande influência no governo estadual, em virtude das posições que já ocupou, como a de Presidente da Assembleia Legislativa. Atualmente, exerce a função de Presidente da Comissão de Finanças e Contratos. Durante a reunião semestral com as empresas interessadas em participar das inúmeras contratações que a Câmara fará até o final do ano, o deputado "M" exigiu do presidente da empresa "Z" R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para que esta pudesse participar da concorrência para a realização das obras na sede da Câmara dos Deputados. O presidente da empresa "Z", assustado com tal exigência, visto que sua empresa preenchia todos os requisitos legais para participar das obras, compareceu à Delegacia de Polícia e informou ao Delegado de Plantão o ocorrido, que o orientou a combinar a entrega da quantia para daqui a uma semana, oportunidade em que uma equipe de policiais estaria presente para efetuar a prisão em flagrante do deputado. No dia e hora aprazados para a entrega da quantia indevida, os policiais prenderam em flagrante o deputado "M" quando este conferia o valor entregue pelo presidente da empresa "Z". Na qualidade de advogado contratado pelo Deputado, assinale a alternativa que indica a peça processual ou pretensão processual, exclusiva de advogado, cabível na hipótese acima.

a) Liberdade Provisória.

b) *Habeas Corpus*.

c) Relaxamento de Prisão.

d) Revisão Criminal.

3. (OAB/Nacional 2007.III) É compatível com a Constituição Federal de 1988

a) o processo iniciado, de ofício, pela autoridade policial ou judiciária.

b) a prisão processual.

c) a prisão para averiguação.

d) a busca domiciliar determinada pela autoridade policial.

4. (IX Exame de Ordem Unificado – FGV) O Código de Processo Penal pátrio menciona que também se considera em flagrante delito quem é perseguido, logo após o delito, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o perseguido autor da infração. A essa modalidade dá-se o nome de flagrante

a) impróprio.

b) ficto.

c) diferido ou retardado.

d) esperado.

5. (OAB/Nacional 2008.II) Os parâmetros previstos no CPP para que a autoridade determine o valor da fiança não incluem

a) a natureza da infração.

b) o grau de instrução do acusado.

c) a vida pregressa do acusado.

d) o valor provável das custas do processo.

6. (OAB/MG Abril/2008) Acerca da prisão e da liberdade provisória é CORRETO afirmar que:

a) Não havendo referência expressa à necessidade da adoção de critérios de proporcionalidade na fixação das prisões cautelares é possível prisão preventiva em crime culposo.

b) A prisão poderá ser feita por meio de carta precatória, quando o indiciado ou acusado estiver fora da jurisdição da autoridade judicial, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

c) A liberdade provisória mediante o pagamento de fiança somente poderá ser concedida na hipótese de auto de prisão em flagrante.

d) A liberdade provisória vinculada deve ser concedida a partir da prisão em flagrante ou da prisão preventiva decretada.

7. (OAB/MG Agosto/2008) A prisão preventiva não poderá ser decretada:

a) Nos crimes dolosos.

b) Nas contravenções penais.

c) Se a pena for de reclusão.

d) Se a pena for de detenção.

8. (OAB/MG Agosto/2008) No caso de prisão em flagrante delito, são direitos do preso, EXCETO:

a) A conversão imediata da prisão em flagrante em prisão domiciliar.

b) O encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante a defensoria pública no caso do preso não indicar que é o seu advogado.

c) A liberdade provisória quando ficar evidenciado que o fato foi praticado sob uma causa de exclusão da ilicitude.

d) Anão responder as perguntas que forem formuladas pelo Delegado de Policia em seu interrogatório.

9. (OAB/Nacional 2009.II) Acerca das prisões cautelares, assinale a opção correta.

a) Em regra, a prisão temporária deve ter duração máxima de cinco dias. Tratando-se, no entanto, de procedimento destinado à apuração da prática de delito hediondo, tal prazo poderá estender-se para trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e

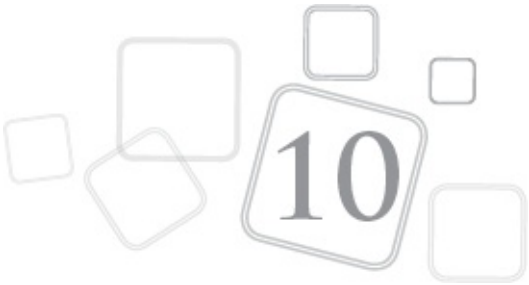
comprovada necessidade.

b) A apresentação espontânea do acusado à autoridade policial, ao juiz criminal ou ao MP impede a prisão preventiva, devendo o acusado responder ao processo em liberdade.

c) Considere que Amanda, na intenção de obter vantagem econômica, tenha sequestrado Bruna, levando-a para o cativeiro. Nesse caso, a prisão em flagrante de Amanda só poderá ocorrer até vinte e quatro horas após a constrição da liberdade de Bruna, devendo a autoridade policial, caso descubra o paradeiro da vítima após tal prazo, solicitar ao juiz competente o mandado de prisão contra a sequestradora.

d) São pressupostos da prisão preventiva: garantia da ordem pública ou da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; garantia de aplicação da lei penal; prova da existência do crime; indício suficiente de autoria.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



CITAÇÕES E INTIMAÇÕES

10.1 CITAÇÃO

A citação é o ato de dar ciência ao acusado de que contra ele está sendo imputado determinado crime para que, dessa forma, ele possa tomar conhecimento do teor da acusação e da data marcada para a audiência de instrução, quando será interrogado e exercerá o seu direito constitucional de defesa. Nada mais é do que o chamamento do acusado ao processo para que ele possa se defender em juízo. Vale salientar que esse instituto não existe na fase do inquérito policial.

Define o art. 363 do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.719/2008, que "o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado".

Somente o acusado, por ser o único sujeito passivo da pretensão punitiva, pode ser citado. Quanto à citação da pessoa jurídica, esta deverá ser feita na pessoa de seu representante legal.

Sendo uma garantia fundamental do acusado, a citação (ato essencial do processo) quando ausente é causa de nulidade absoluta do processo (art. 564, III, *e*, do CPP), contaminando, assim, todos os atos subsequentes mesmo que haja sentença com trânsito em julgado, que será desfeita por meio de *habeas corpus* (art. 648, VI, do CPP) ou de revisão criminal (art. 621 do CPP). Entretanto, a sua falta ou nulidade estará sanada desde que o interessado compareça

espontaneamente antes da consumação do ato, embora declare que o faz com o único fim de argui-la (art. 570 do CPP). Fica, assim, afastada a falta ou defeito da citação pelo comparecimento do réu em Juízo, sendo interrogado, ainda que se trate de acusado preso. Contudo, o art. 570, 2.ª parte, do CPP determina que o juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar o direito da parte.

A citação pode ser real ou ficta. Será ***real*** quando for realizada na pessoa do próprio acusado, tendo ele conhecimento de fato de seu chamamento. Pode realizar-se por mandado (oficial de justiça), carta precatória (se estiver fora da comarca em que tramita o processo), carta rogatória (se estiver em lugar certo e sabido no exterior) ou carta de ordem (em regra nas ações penais de competência originária dos tribunais superiores). Será ***ficta*** a citação quando se presumir que o acusado tenha tomado conhecimento da imputação que lhe é feita por meio da publicação de editais pela imprensa, bem como se citado com hora certa (novidade inserida no CPP pela mesma Lei 11.719/2008, conforme comentários a seguir). Daí receber a denominação de citação presumida.

Segundo o Prof. Julio Fabbrini Mirabete, “a citação no processo penal tem como efeito completar a instância, ou seja, a relação jurídica processual, com o surgimento da pessoa do réu” (op. cit., p. 426).

A regra é que a citação inicial seja feita por meio da expedição de mandado, caso o acusado encontre-se no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado, e deverá conter as indicações presentes no art. 352 do CPP. Quando estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, o acusado será citado mediante carta precatória, cujos requisitos encontram-se no art. 354 do CPP. Mas se o juiz deprecado verificar que o acusado se encontra em território sujeito à jurisdição de outro juiz, a este remeterá diretamente a precatória para que seja cumprida, desde que haja tempo para fazer-se a citação (esse trâmite é denominado de “carta precatória itinerante”). Uma vez certificado pelo oficial de justiça que o acusado se oculta para não ser citado, a precatória será imediatamente devolvida.

O oficial, ao efetuar a citação por mandado, deverá obedecer aos seguintes requisitos:

a) leitura do mandado ao citando pelo oficial e entrega da contrafé, na qual se mencionarão dia e hora da citação;

b) declaração do oficial, na certidão, da entrega da contrafé, e sua aceitação ou recusa.

De acordo com o art. 360 do CPP, com redação alterada pela Lei 10.792/2003, “se o réu estiver preso, será citado pessoalmente”. A corrente doutrinária e jurisprudencial que entendia ser dispensável a citação por mandado do réu preso desde que requisitado regularmente tornou-se incompatível diante da nova redação do aludido artigo. Aliás, tal entendimento já era de duvidosa constitucionalidade, uma vez que a citação é ato de comunicação instaurador do contraditório e, por consequência, do devido processo legal. A requisição ainda existe, mas deve ser tratada apenas como meio de comunicação entre as autoridades no sentido de viabilizar o transporte do réu preso (citado pessoalmente) para o local onde o ato processual será realizado.

Se a citação pessoal do acusado não for possível, o Código de Processo Penal determina a sua realização, excepcionalmente, por meio de editais. Assim, será *citado por edital*, de acordo com a nova conformação dada à matéria pela Lei 11.719/2008:

a) o acusado que não for encontrado (edital com o prazo de 15 dias – art. 363, § 1.º);
b) o acusado que se encontrar em local inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior (embora essas hipóteses tenham sido revogadas pelo diploma legal acima referido, aplica-se o CPC analogicamente, que em seu art. 231, II, prevê a citação editalícia nos casos mencionados neste item);
c) quando incerta a pessoa que tiver de ser citada (idem à letra “a”);
d) quando o acusado encontrar-se no estrangeiro em lugar não sabido, pouco importando a natureza da infração penal (se o lugar for conhecido, deverá ser citado por meio de carta rogatória).

É muito importante ressaltar que no ***processo penal não existia a citação com hora certa*** **até a edição da Lei 11.719/2008**. Até então, a ocultação maliciosa do acusado acarretava a sua citação editalícia, nos termos do antigo art. 362 do CPP, que, doravante, passa a ter a seguinte redação: “Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”.

Assim sendo, será o réu citado com hora certa no processo penal, de acordo com o procedimento a seguir, previsto no CPC:

a) se por **três vezes** o oficial de justiça proceder à tentativa de citação pessoal e constatar que se oculta para não ser citado, intimará qualquer pessoa de sua família ou, à falta, qualquer vizinho, advertindo que voltará no dia imediato, a fim de efetuar a citação, designando a hora em que o fará (art. 227);

b) no dia e hora designados pelo oficial de justiça, comparecerá novamente ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência (art. 228);

c) não o encontrando, após inteirar-se das razões de sua ausência, certificará o ocorrido e dará por efetivada a citação (§ 1.º do art. 228);

d) após certificar a ocorrência, deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, registrando em sua certidão o nome de quem a receber (§ 2.º do art. 228); e

e) finalmente, feita a citação com hora certa, o escrivão que atuar no feito deverá cientificar o réu de todo o ocorrido, mediante o envio de carta, telegrama ou radiograma (art. 229).

Impende destacar que, em caso de citação com hora certa, modalidade de citação ficta, se o réu não comparecer em juízo, ser-lhe-á nomeado defensor dativo, conforme dispõe o parágrafo único do art. 362 do CPP, alterado pela Lei 11.719/2008. Logo, ***não haverá suspensão do processo*** (denominada *crise de instância*), que seguirá normalmente, diversamente do que ocorre com o art. 366 do CPP, a seguir analisado.

Com efeito, reza o art. 366 do CPP que se o acusado citado por edital *não comparecer, nem constituir advogado*, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes (que serão realizadas na presença do Ministério Público e do defensor dativo) e, se for o caso, decretar a prisão preventiva. Quanto à determinação de produção antecipada de provas, confira-se a Súmula 455 do STJ: "*A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo*."

Perceba que três são os requisitos, de natureza cumulativa:

a) citação por edital;

b) não comparecimento em juízo;

c) inexistência de advogado já constituído nos autos. O prosseguimento do feito apenas com a nomeação de defensor dativo pelo juiz, desatendendo à regra prevista no dispositivo legal ora analisado, sem dúvida alguma, implicará nulidade processual. Todavia, essa era a intenção do legislador quando tramitava no Congresso Nacional o PL 4.207/2001, convertido na Lei 11.719/2008: se o réu, citado por edital, não comparecesse nem constituísse advogado, apenas o prazo prescricional ficaria suspenso, prosseguindo o feito com a designação, pelo juiz, de defensor dativo ao réu. Contudo, as previsões legais nesse sentido foram vetadas pelo Presidente da República, que as reputou inconstitucionais por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, no que andou muito bem.

Quanto ao prazo de suspensão do processo, tem prevalecido o entendimento, inclusive já materializado na Súmula 415 do STJ, de que deve durar exatamente o tempo do prazo prescricional pelo máximo da pena em abstrato (art. 109 do

CP). Contra a decisão que decreta a suspensão do processo cabe, por analogia ao art. 581, XVI, do CPP, recurso em sentido estrito.

*Haverá **revelia** quando:*

a) o réu citado não comparecer, mas constituir advogado no processo;
b) quando intimado pessoalmente para qualquer ato do processo e sem justo motivo não comparecer; e
c) quando mudar de residência sem comunicar o novo endereço ao juízo (art. 367 do CPP).

A única consequência reservada à revelia no processo penal é a de que **o réu não será mais intimado dos atos processuais posteriores** (não há, portanto, a presunção de veracidade dos fatos existentes para o processo civil), salvo em relação à sentença, que exige sempre intimação pessoal. A decretação da revelia não impede que o réu possa apelar em liberdade e também não impede a concessão de *sursis*.

A revelia **não implica em confissão ficta**, mas pode, entretanto, influenciar negativamente os interesses do réu no momento em que a causa for julgada.

Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento, não ocorrendo tal paralisação se se tratar de citação por carta precatória. O mesmo se aplica às citações que houverem de ser feitas nas legações estrangeiras (art. 368 do CPP).

A citação poderá ser feita em qualquer dia, inclusive fins de semana e feriados, e a qualquer hora, do dia ou da noite.

Em virtude da *função exercida por determinadas pessoas*, o procedimento para a citação deverá observar algumas *formalidades*:

a) a citação do militar far-se-á por intermédio do chefe do respectivo serviço (art. 358 do CPP);
b) o funcionário público é citado por mandado, mas no dia designado para comparecer em juízo, como acusado, será notificado também o chefe de sua repartição (art. 359 do CPP).

10.2 INTIMAÇÃO E NOTIFICAÇÃO

Chama-se intimação a ciência dada à parte, no processo, da prática de um ato já realizado. Refere-se, assim, a fatos passados. Difere-se da notificação porque

esta é a comunicação dada à parte ou a outra pessoa, do lugar, dia e hora de um ato processual a que essa deverá comparecer, referindo, desta maneira, a atos futuros. Muitas vezes o Código confunde os termos *notificação* e *intimação*.

As notificações e intimações deverão ser realizadas da mesma forma que a citação por mandado, naquilo que com ela for compatível (art. 370 do CPP). Assim, se a pessoa notificada residir no território do juiz processante, será feita a notificação por mandado. Se residir fora, poderá ser feita tanto por precatória quanto por rogatória (arts. 353 e 780 do CPP).

A falta de intimação para os atos processuais constitui nulidade por cerceamento de defesa, passível de ser corrigida por meio de *habeas corpus*.

Quanto ao advogado constituído, prevê o art. 370, § 1.º, do CPP que o advogado do querelante e do assistente deverão ser intimados para os atos do processo pela imprensa, especificamente pelo órgão incumbido da publicação dos atos judiciais da comarca, devendo, contudo, constar o nome do acusado nesta publicação, visto que a omissão ou o erro que não permitam identificá-lo constitui nulidade. Deve conter também o número dos autos da ação penal, o nome completo das partes e de seus procuradores, não bastando a citação do prenome ou do número de inscrição na OAB, e a finalidade da intimação de modo que o destinatário tenha a ciência exata do despacho do juiz.

O defensor nomeado (abrange o defensor público, o procurador de assistência judiciária e o defensor dativo) deve ser intimado pessoalmente por força do disposto no art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/1950 (Lei da Assistência Judiciária) e no art. 370, § 4.º, do CPP. Também será sempre pessoal a intimação do representante do Ministério Público.

É importante conhecer o disposto 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”. Em relação às cartas precatórias, a Súmula 267 do STJ dispõe que “intimada a defesa da expedição de carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

Regras de intimação de atos e despachos (art. 370 do CPP)		
Acusação	Ministério Público	Pessoalmente
	Querelante, assistente e advogado	Pela imprensa

<table>
<tr><td rowspan="3">Defesa</td><td colspan="2">Réu</td><td>Pessoalmente</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Defensor</td><td>Dativo</td><td>Pessoalmente</td></tr>
<tr><td>Constituído</td><td>Pela imprensa</td></tr>
<tr><td colspan="3">Testemunhas</td><td>Pessoalmente</td></tr>
<tr><td colspan="3">Jurados</td><td>Pessoalmente</td></tr>
</table>

10.3 QUESTÕES

1. (OAB/Nacional 2007.III) Assinale a opção correta acerca da citação.

a) São formas de citação do réu no processo penal e no civil: por mandado, por edital e por hora certa.

b) O processo e o curso do prazo prescricional ficarão suspensos no caso do réu que, citado por edital, não comparecer ao interrogatório nem constituir advogado.

c) O processo prosseguirá sem a presença do réu que se oculta para não ser citado, desde que certificado pelo oficial de justiça.

d) Nos processos penal e civil, é efeito da citação válida a interrupção da prescrição.

2. (OAB/CESPE 2006.I) Assinale a opção incorreta acerca da citação no processo penal.

a) Inexiste nulidade na citação feita por edital quando o réu, procurado reiteradas vezes nos endereços fornecidos, não é encontrado.

b) A circunstância de a citação ter ocorrido no próprio dia do interrogatório judicial constitui, por si só, ato capaz de infirmar a validade formal do processo penal de conhecimento.

c) Residindo o réu em comarca diversa daquela em que o juiz processante exerce sua jurisdição, a citação do acusado deve ser realizada por carta precatória.

d) A menção do juízo perante o qual o citando deve comparecer, com o respectivo endereço, o dia e a hora marcados para o interrogatório são dados considerados imprescindíveis para a validade da citação.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



ATOS PROCESSUAIS E ATOS JUDICIAIS

11.1 ATOS PROCESSUAIS

11.1.1 Noções e classificações

Ato processual é toda manifestação da vontade humana que tem por fim criar, modificar, conservar ou extinguir a relação jurídica processual. Como exemplos, podemos citar o oferecimento de uma denúncia ou de uma petição inicial, um interrogatório, uma sentença.

Todos os sujeitos processuais (juiz, Ministério Público, réu, assistente da acusação etc.), e não simplesmente as partes, praticam atos processuais. Dessa forma, os atos processuais classificam-se em: atos das partes, atos do juiz e *atos dos auxiliares da justiça*.

*Os **atos das partes** subdividem-se em:*

- ***postulatórios*:** são aqueles que visam do juiz um pronunciamento sobre a causa ou sobre um requerimento formulado no curso do processo (exemplos: requerimento de restituição de coisas apreendidas, oferecimento de denúncia ou queixa);
- ***instrutórios*:** são aqueles pelos quais as partes tentam convencer, instruir o juiz acerca de um fato alegado; em outras palavras é a atividade probatória desenvolvida pelas partes (exemplos: interrogatório, depoimento da vítima etc.);
- ***reais*:** são as condutas materiais praticadas pelas partes no processo (exemplos: comparecimento a audiências, exibição de documentos etc.);

– ***dispositivos*:** são aqueles em que as partes abrem mão, em prejuízo próprio, de determinada prerrogativa processual (exemplo: desistência da oitiva de alguma testemunha, renúncia ao direito de queixa, desistência da ação penal privada etc.).

Os ***auxiliares da justiça praticam todos os atos necessários ao andamento do processo***, podendo ser: atos de documentação, atos de execução das ordens emitidas pelo juiz e atos de movimentação.

Os ***atos do juiz*** serão tratados a seguir, no tópico: *atos judiciais*.

11.1.2 Prazos dos atos processuais

De acordo com o art. 798 do CPP, todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo em virtude de férias, domingos ou feriados.

Ao contrário do que ocorre em relação aos prazos de natureza penal (art. 10 do CP), na contagem dos prazos processuais não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

Pelo § 3.º do aludido dispositivo, o prazo que terminar em domingo ou em feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

Os prazos processuais terão como termo inicial:

a) a data da intimação;
b) a data da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;
c) o dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho.

A esse respeito, vale destacar o teor da 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”.

Em regra, os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes:

I – de 10 (dez) dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;
II – de 5 (cinco) dias, se for interlocutória simples;
III – de 1 (um) dia, se se tratar de despacho de expediente.

Excepcionalmente o Código de Processo Penal e a legislação penal especial poderão estabelecer prazos diversos. Os prazos processuais, seja qual for a

instância em que o ato esteja sendo praticado, poderão ser excedidos por igual tempo desde que o juiz declare a existência de motivo justo.

11.2 ATOS JUDICIAIS

O exercício da atividade jurisdicional pelo juiz não está restrito somente ao proferimento de decisões. O art. 251 do CPP atribui ao juiz a competência para praticar todos os atos necessários para assegurar a regularidade e a manutenção da ordem dos trabalhos, podendo, para tal fim, requisitar até mesmo a força pública.

O ***juiz pode praticar***, portanto, ***os seguintes atos processuais:*** decisórios, instrutórios, de documentação, de coerção, de polícia processual, administrativos e outros, denominados *anômalos*.

Quando envolvem um julgamento, os atos do juiz são chamados de *decisões* e quando se relacionam apenas com o desenvolvimento normal, com o seguimento, do processo, são chamados de *despachos de mero expediente*.

Assim, há atos em que o juiz simplesmente determina o andamento do processo que são chamados de *despachos*, devendo ser proferidos no prazo de 1 (um) dia (art. 800, III, CPP). Os despachos são irrecorríveis, mas eventualmente poderão ser controlados por meio da *correição parcial* na hipótese em que ocorrer algum erro no andamento do processo (*error in procedendo*).

Quanto às decisões temos que elas podem ser: *decisão interlocutória simples, decisão interlocutória mista (ou com força de definitiva)* ou *decisão definitiva (sentença)*.

11.2.1 Decisão interlocutória simples, decisão interlocutória mista (ou com força de definitiva)

A ***decisão interlocutória simples*** é aquela que resolve questões relativas à regularidade ou à marcha processual. Nelas o mérito da ação penal não é analisado e o processo ou etapa processual não são encerrados. Exemplos: recebimento da denúncia, decretação de prisão preventiva.

Já a ***decisão interlocutória mista*** (ou com força de definitiva) é aquela que, sem analisar o mérito da ação penal, encerra uma etapa processual ou o próprio

processo. As decisões interlocutórias mistas podem ser:

a) *não terminativas*, quando encerram apenas uma etapa do processo. Exemplo: pronúncia;
b) *terminativas*, quando encerram o próprio processo, mas sem análise do mérito. Exemplos: rejeição da denúncia, extinção da punibilidade.

Em regra, as decisões interlocutórias simples não admitem recurso (ex.: recebimento de denúncia pela prática de crimes "comuns"), desafiando, todavia, conforme o caso, *habeas corpus*.

Já as decisões interlocutórias mistas, pela regra do CPP, admitem, no mais das vezes, interposição de recurso em sentido estrito (vide capítulo dos Recursos). Basta lembrar que algumas das decisões interlocutórias proferidas na primeira fase do procedimento escalonado do júri (pronúncia e desclassificação) são desafiadas pelo referido recurso. Embora a impronúncia também seja decisão interlocutória mista (terminativa), por encerrar o processo, passou a desafiar recurso de apelação (art. 416 do CPP, com redação que lhe foi dada pela Lei 11.689/2008).

11.2.2 Sentença

A sentença (decisão definitiva) soluciona o mérito da pretensão penal e põe fim ao processo julgando:

a) a procedência da acusação (sentença condenatória);
b) a improcedência (sentença absolutória própria); ou
c) a imposição de medida de segurança ao réu (sentença absolutória imprópria).

De acordo com o art. 381 do CPP, a sentença conterá:

I – os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
II – a exposição sucinta da acusação e da defesa;
III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
IV – a indicação dos artigos de lei aplicados;
V – o dispositivo;
VI – a data e a assinatura do juiz.

Logo, são três os requisitos formais da sentença: a *exposição dos fatos*, também chamada de *relatório* (incisos I e II); a *motivação* ou fundamentação

(inciso III); e finalmente a *conclusão* (incisos IV, V e VI). No Juizado Especial Criminal, o relatório da sentença será dispensado, conforme autoriza o art. 81, § 3.º, da Lei 9.099/1995.

A sentença desprovida de relatório (exceto no JECrim) é considerada pela doutrina e jurisprudência como ato judicial *nulo*. No mesmo sentido, se lhe faltar fundamentação. Porém, inexistindo a conclusão (ou parte dispositiva), que corresponde à apreciação efetiva do pedido, a sentença será considerada *inexistente*.

Sentença vazia é o nome dado à decisão proferida sem fundamentação. ***Sentença suicida*** é o nome dado à decisão proferida em conflito entre a fundamentação e o dispositivo. Ambas, em virtude da gravidade do vício, são nulas.

No exercício da atividade jurisdicional, o juiz pode proferir *sentença que absolva o réu*, mencionando na parte dispositiva alguma das *hipóteses previstas* no art. 386 do CPP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 11.690/2008, reconhecendo, assim:

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 § 1.º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Ressalte-se que os incisos IV a VII receberam nova redação pela Lei 11.690/2008. A título de recordação, ressaltamos que apenas a sentença absolutória fundamentada nos incisos I e IV, do referido dispositivo legal (prova da inexistência do fato e, também, prova de que o réu não concorreu para a infração penal) afasta absolutamente a propositura de ação civil.

São *efeitos da sentença penal absolutória*:

a) o juiz determinará que o réu seja imediatamente posto em liberdade, se estiver preso;

b) a revogação das medidas assecuratórias concedidas durante a instrução processual (arresto, sequestro e hipoteca legal);

c) a devolução dos valores depositados a título de fiança, se esta tiver sido prestada no

processo ou no inquérito.

De acordo com o art. 387 do CPP, o juiz, ao proferir *sentença condenatória*, deverá:

a) mencionar as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, cuja existência reconhecer;
b) mencionar as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do CP;
c) aplicar as penas, de acordo com essas conclusões;
d) fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;
e) atender, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto nos arts. 373 a 380 do CPP;
f) determinar se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designar o jornal em que será feita a publicação.

Novidade importante inserida no capítulo da sentença penal condenatória é a obrigatoriedade de o magistrado fixar o valor da indenização decorrente dos prejuízos suportados pela vítima. Assim, a Lei 11.719/2008 inseriu ao art. 387 o inciso IV, que assim preleciona: "fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido".

Bastante interessante a inovação promovida pelo legislador, que, ansioso por materializar a garantia constitucional da celeridade processual, possibilitou a prolação de sentença penal condenatória líquida, vale dizer, que haja fixado o *quantum debeatur*, prescindindo-se de posterior liquidação em sede de ação civil *ex delicto*.

Ora, ao que tudo indica, quis o legislador determinar ao juízo criminal que fixe um "valor inicial" de indenização, que poderá ser efetivamente apurado em liquidação da obrigação. Assim, cremos que a função do magistrado sentenciante será a de arbitrar um valor inicial, vale dizer, provisório, dos danos provocados pelo crime à vítima, que será passível de discussão na esfera civil, a fim de ser complementado o valor da indenização.

No Capítulo 4 deste livro, atinente à ação civil *ex delicto*, defendemos o entendimento de que apenas os ***danos materiais*** deverão ser fixados pelo juízo criminal em sede de sentença, não sendo cabível a análise de outros danos que demandem dilação probatória específica (ex.: danos morais), os quais deverão ser discutidos na seara cível.

Ainda, temos que a sentença condenatória produz os seguintes efeitos:

I – *efeitos principais*: correspondem à imposição da pena privativa de liberdade, da restritiva de direitos, da pena de multa ou de medida de segurança;

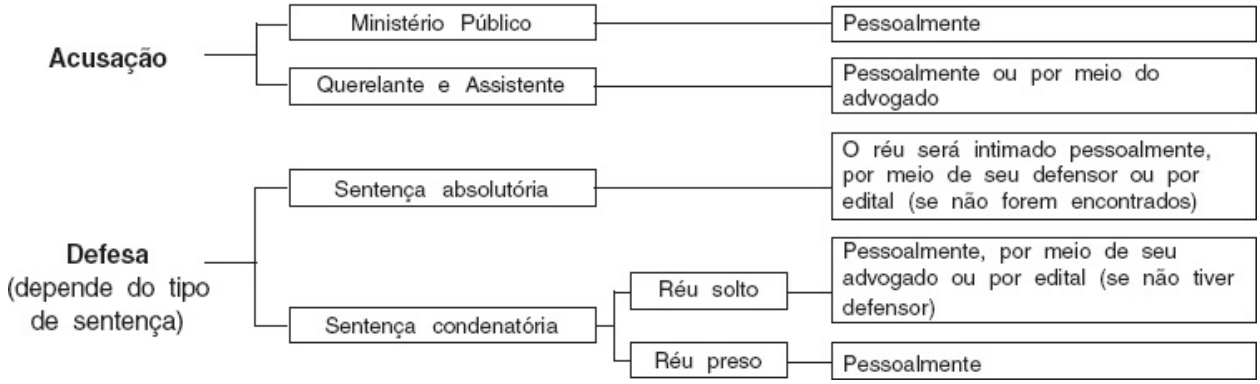
II – *efeitos secundários*: podem ser de natureza penal e extrapenal.

Sobre esse tema (efeitos da condenação), verificar o livro de Direito Penal desta coleção.

De acordo com o art. 389 do CPP, a sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim. O escrivão, dentro de três dias após a publicação, e sob pena de suspensão de cinco dias, dará conhecimento da sentença ao órgão do Ministério Público. Se se tratar de sentença condenatória recorrível, sua publicação acarretará a interrupção do prazo prescricional, que passará novamente a fluir "do zero". Frise-se que a mera publicação (entrega da sentença em mãos do escrivão e respectiva certidão), independentemente de seu registro ou de posteriores diligências, já será suficiente a provocar a interrupção da prescrição.

A intimação da sentença seguirá as regras estabelecidas no art. 392 do CPP, esquematizadas de acordo com o quadro abaixo (anote-se que, em virtude do princípio da ampla defesa, a intimação pessoal do réu deve sempre ser tentada, qualquer que seja a natureza do delito):

REGRAS DE INTIMAÇÃO DE SENTENÇAS (ART. 392 DO CPP)



Na hipótese em que houver a necessidade de intimação por edital, o § 1.º do art. 392 do CPP determina que o seu prazo será de **90 dias**, se tiver sido imposta

pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, e de **60 dias** quando a pena for inferior a um ano. O prazo para a apelação, nesses casos, correrá após o término do fixado no edital, salvo se, no curso deste, for feita a intimação por qualquer das outras formas estabelecidas neste artigo, conforme estabelece o § 2.º do aludido artigo.

Tratava o art. 393 do CPP sobre os efeitos da sentença condenatória recorrível:

I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Embora já se entendesse tratar-se de dispositivo não recepcionado pela CF/1988, haja vista a patente violação ao princípio da presunção de inocência, a recente Lei 12.403/2011 revogou expressamente o precitado art. 393 do CPP, no que andou muito bem o legislador.

11.2.2.1 Embargos de declaração

A sentença deve ser clara, precisa e completa, devendo o juiz examinar toda a matéria articulada pela acusação e pela defesa. Por isso é que o pedido da petição inicial (denúncia ou queixa) deve descrever perfeitamente a espécie delituosa que constitui a causa de pedir, ou seja, a razão do pedido, o fato que originou o pedido possibilitando ao juiz uma justa e correta aplicação da lei ao caso concreto. A sentença que deixar de considerar algum dos fatos articulados será nula. O *pedido genérico* formulado pelo autor da ação penal só é admitido quando se referir à qualidade e quantidade da pena a ser imposta na sentença condenatória, pois somente o juiz tem competência para decidir sobre essa matéria.

Em decorrência do dever de clareza e precisão imposto ao juiz, qualquer das partes poderá, no prazo de dois dias, pedir que ele complemente ou esclareça a sentença por meio dos embargos de declaração sempre que nela houver ***obscuridade*** (falta de clareza na redação), ***ambiguidade*** (várias interpretações para o mesmo ponto), ***contradição*** (conflito entre afirmações) ou ***omissão*** (ausência de análise).

O recurso é dirigido ao próprio juiz que proferiu a decisão e tem como finalidade apenas esclarecer o conteúdo de seu ato ou corrigir erros materiais não

sendo possível, portanto, a sua modificação, correção, redução ou ampliação (em outras palavras, não pode ter caráter infringente). A sua interposição, como regra, interrompe o prazo para os outros recursos (art. 382 do CPP).

Os embargos de declaração também são previstos em outras leis, com prazos e efeitos distintos, tornando necessário estabelecer a seguinte distinção:

Previsão legal dos embargos	Prazo de interposição	Efeito em relação aos outros recursos
No Código de Processo Penal (arts. 382 e 619)	2 dias	Interrupção dos prazos
No Juizado Especial Criminal (art. 83 da Lei 9.099/1995)	5 dias	**Suspensão** dos prazos
No Código de Processo Civil (art. 536)	5 dias	Interrupção dos prazos
No Juizado Especial Cível (art. 49 da Lei 9.099/1995)	5 dias	**Suspensão** dos prazos

11.2.2.2 Princípio da correlação

Segundo o princípio da correlação (também denominado de *princípio da congruência* ou *da adstrição*) deve haver uma relação lógica entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o réu é condenado. Assim, em sua sentença o juiz não poderá julgar além do que foi submetido à sua apreciação estando, portanto, vedados os julgamentos *ultra* e *extra petita*.

Todavia, esse princípio se submete às regras dos arts. 383 e 384 do CPP (*emendatio* e *mutatio libelli*). De qualquer forma, é importante ressaltar que o réu não se defende da classificação jurídica (tipo penal) dada ao crime na peça inicial (denuncia ou queixa-crime), e sim dos fatos nela narrados.

11.2.2.3 Emendatio libelli

A *emendatio libelli* é a faculdade concedida ao juiz de corrigir a classificação jurídica apresentada pelo acusador na denúncia ou na queixa em relação aos fatos nela articulados. Ocorre quando a peça acusatória descreve perfeitamente um determinado fato delituoso, mas se equivoca quanto à sua tipificação. Pelo fato de o réu defender-se somente dos fatos e não da classificação jurídica, o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave,

conforme dispõe o art. 383 do CPP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 11.719/2008: “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”.

Como a própria denominação indica, neste caso estará ocorrendo uma correção na acusação, que consiste em alterar a **classificação legal** do fato ou, ainda, em reconhecer a incidência de **qualificadoras** e **causas de aumento de pena** descritas na denúncia ou queixa, mas que, por equívoco, deixaram de ser consideradas no momento da classificação jurídica. É importante destacar que todos os elementos constitutivos do crime já estão perfeitamente descritos na denúncia ou queixa, sem que seja necessária a produção de qualquer prova. Exemplo: Promotor de Justiça que descreve na denúncia um crime de roubo (art. 157 do CP), mas o capitula como sendo furto (art. 155 do CP). Na sentença, o magistrado, observando que as circunstâncias descritas na denúncia caracterizam crime de roubo e não de furto, poderá, por força do art. 383 do CPP, alterar a classificação jurídica e aplicar as penas nele previstas.

Quanto às agravantes genéricas, o art. 385 do CPP estabelece que, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. Importa registrar que poderá ocorrer *emendatio libelli* até mesmo em instância superior, em grau de recurso, por exemplo. Afinal, não haverá qualquer prejuízo ao réu uma vez que se defende dos fatos e não da capitulação legal que lhe é atribuída. Basta lembrar do brocardo *da mihi factum dabo tibi jus* (“dá-me os fatos que te dou o direito”).

Finalmente, por força das recentes alterações promovidas no CPP, foram inseridos dois parágrafos ao art. 383. O § 1.º assim passou a dispor que “se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei”. Embora seja aparente a novidade, a regra acima transcrita não afastava a possibilidade de o juiz, mesmo antes da Lei 11.719/2008, verificando o erro de capitulação do Ministério Público ou do querelante, determinar a remessa dos autos ao primeiro, a fim de que analisasse a viabilidade de aplicação do art. 89 da Lei 9.099/1995, ou seja, o oferecimento de suspensão condicional do processo (ou *sursis* processual) ao acusado.

No tocante ao § 2.º, temos: “Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos”. Verificando o juiz, em virtude da

definição jurídica diversa que conferir ao fato imputado ao réu na denúncia ou queixa, que a infração é de competência de outro juízo, a este remeterá.

11.2.2.4 Mutatio libelli

A *mutatio libelli* ocorre quando o juiz reconhece a possibilidade de dar ao fato descrito na inicial uma classificação jurídica diversa em virtude de prova constante dos autos referente à circunstância elementar não contida implícita ou explicitamente na denúncia ou na queixa. Até a edição da Lei 11.719/2008 havia duas espécies: a *mutatio libelli* sem aditamento, prevista no art. 384, *caput*, e a *mutatio libelli* com aditamento, prevista no parágrafo único do art. 384 do CPP. Conforme veremos a seguir, atualmente o aditamento da peça acusatória será obrigatório.

Ao contrário do que ocorre na hipótese de *emendatio libelli* (em que os fatos estão perfeitamente descritos e confirmados pelas provas colhidas durante a instrução), na *mutatio libelli* há inicialmente uma descrição correta de determinado fato. Posteriormente, em virtude das provas colhidas durante a instrução, descobrem-se circunstâncias elementares que indicam que o fato delituoso é outro. Não há, portanto, equívoco na classificação, mas sim a ocorrência de outra espécie de crime que foi descoberto com base nas provas colhidas durante a instrução criminal. Para que não seja violado o princípio da correlação entre a acusação e a sentença, deve-se observar o procedimento previsto no artigo supracitado. Afinal, é vedado ao magistrado condenar o acusado por crime sequer descrito na denúncia ou queixa, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Temos, portanto, as seguintes regras acerca da *mutatio libelli*:

a) 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. Esta é a exata redação do art. 384, *caput*, do CPP, alterado pela Lei 11.719/2008. Portanto, fácil constatar que o Ministério Público deverá promover o aditamento da denúncia ou queixa (esta última em caso de ação privada subsidiária da pública).

b) Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. Assim dispõe o § 1.º do art. 384 do CPP, igualmente inserido pelo diploma legal acima citado. Logo, caso o aditamento não seja realizado pelo órgão ministerial, deverá o magistrado encaminhar os autos ao Procurador-Geral, a fim de que este adite a peça

acusatória, ou designe algum Promotor (ou Procurador) que o faça. Todavia, se o chefe da instituição entender descabido o aditamento, o feito prosseguirá, com o risco de eventualmente o juiz absolver o réu pelo crime que lhe tenha sido imputado, tendo em vista que ele próprio entendeu que o fato típico descrito na denúncia não corresponde ao que emergiu da instrução probatória.

c) Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para a continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. Esta é a redação do § 2.º do art. 384 do CPP, também incluído pela Lei 11.719/2008.

Quando o juiz verificar que um crime descrito como *tentado* na verdade está *consumado*, deverá determinar o aditamento da denúncia em virtude da falta do momento consumativo do crime em relação à descrição fática, seguindo as regras do art. 384, *caput*, do CPP, até porque, em caso de condenação, a pena será superior àquela inicialmente delineada na acusação. O caminho inverso, ou seja, quando o fato estiver descrito como *consumado* e o juiz entender que na verdade houve *tentativa*, permite ao juiz a *desclassificação direta* da infração sem a necessidade de aditamento da denúncia ou de concessão de prazo para a defesa se manifestar. Isso porque a consumação é um *plus* em relação à tentativa.

Em algumas situações, a regra do art. 384 do CPP **não** poderá ser aplicada:

1) quando se tratar de ação penal privada exclusiva (em que prepondera a proteção à intimidade da vítima);
2) quando o juiz reconhecer a prática de outro crime além daquele descrito na denúncia, caso em que deverá ser ajuizada nova ação penal; e
3) no julgamento de recursos pelos tribunais, no qual a aplicação das regras da *mutatio libelli* é vedada por força da Súmula 453 do STF; nesse caso, o tribunal anulará a sentença e determinará a remessa dos autos ao juiz para que aplique as regras do art. 384 do CPP (lembre-se que em relação à *emendatio libelli*,é possível que o próprio tribunal a reconheça).

O Promotor, percebendo ser caso de aditamento da denúncia, não precisa aguardar a determinação do juiz para tanto, podendo aditar a qualquer momento (art. 569 do CPP). Se, durante a instrução criminal, verificar-se que o autor praticou mais crimes, além daquele descrito na exordial, não se aplicará o art. 384 do CPP, sendo necessária uma nova acusação por meio do oferecimento de nova denúncia, ou por meio do aditamento, realizando-se novamente todos os atos do processo.

11.3 COISA JULGADA

A atividade jurisdicional, como já dito, consiste, basicamente, na declaração do direito ao caso, realizando, assim, a pretensão das partes envolvidas pela relação jurídico-processual. A concretização da norma abstrata, materializada por intermédio da sentença, mais especificamente na *eficácia declaratória da sentença*, conforme leciona Pontes de Miranda, tornará o ato decisório do juiz insuscetível de qualquer modificação, seja pelo esgotamento, pelo não cabimento ou pela não interposição de recursos no prazo legal (op. cit., p. 98). A essa imutabilidade que emerge do comando da sentença, que pode ser interna ou externa à relação processual, é que a doutrina denomina de coisa julgada e é em relação ao alcance da imutabilidade dessa eficácia que se extraem as espécies de coisa julgada: *coisa julgada formal* (ou preclusão) e *coisa julgada material*.

A coisa julgada formal, de acordo com a doutrina de Moacyr Amaral dos Santos, "consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos" (op. cit., p. 43). Essa imutabilidade só é oponível no mesmo processo em que foi proferida (*endoprocessual*), operando-se, assim, o que a doutrina denomina *máxima preclusão*.

A coisa julgada material, segundo Luiz Guilherme Marinoni, "corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional; declaração esta de existência ou inexistência daquela relação jurídica deduzida em juízo" (op. cit., p. 610). Nessa espécie, ao contrário da outra, há uma análise do mérito (pedido) que foi delimitado pela petição inicial e, consequentemente, foi realizado o juízo de subsunção do fato à norma, produzindo, portanto, a lei do caso concreto (art. 468 do CPC) que produzirá efeitos fora do processo.

Justifica-se essa diversificação anotada porque, no processo penal, em especial, conforme a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete, "a coisa julgada deve ceder ante os imperativos da Justiça substancial e à verdade formal há que se impor à verdade real, ou, como diz Manzini, 'o justo substancial há de prevalecer sobre o justo formal'. Por isso se permite a revisão criminal que o condenado possa pedir a qualquer tempo aos tribunais, nos casos expressos em lei, que reexamine o seu processo já findo, para que seja absolvido ou beneficiado de alguma forma" (op. cit., p. 673).

Além da revisão criminal (art. 621 do CPP), outros instrumentos excepcionam o rigor da imutabilidade do comando emergente da sentença como:

- a concessão de anistia ou indulto (arts. 187 e 188 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal),
- a unificação de penas pelo juízo das execuções (art. 66, III, *a*, da Lei 7.210/1984) e
- a impetração de *habeas corpus* para arguir nulidade absoluta no processo (art. 647, VI, do CPP).

Também a coisa julgada cede passo à imutabilidade diante do advento de **nova legislação**, no curso da execução penal (portanto, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória), que, em algum ponto, for benéfica ao condenado (ex.: a nova Lei de Drogas – Lei 11.343/2006, que em matéria de porte de droga para consumo pessoal, deixou de cominar pena privativa de liberdade ao agente, o que, em razão da benignidade, deverá retroagir).

11.4 QUESTÕES

1. (OAB/SP 136.º) Segundo o CPP, não faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em

a) estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico.

b) estado de necessidade.

c) legítima defesa.

d) estrito cumprimento de dever legal.

2. (OAB/Nacional 2007.I) Assinale a opção correta acerca do processo penal.

a) A interposição de recurso sem efeito suspensivo contra decisão condenatória obsta a expedição de mandado de prisão.

b) Ao tribunal ad quem é vedado, em sede recursal, ordenar a prisão do condenado quando improvido o recurso por este interposto, conforme previsão expressa no Código de Processo Penal.

c) A falta ou a nulidade da citação são insanáveis.

d) A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da Constituição Federal, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

3. (OAB/Nacional CESPE 2007.II) Acerca do processo penal, assinale a opção correta.

a) Havendo concurso de agentes, a decisão de recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

b) A sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime impede a propositura da ação civil.

c) Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

d) Nos termos da Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas inclusive de ofício pelo juiz, desde que haja audiência das partes.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



PROCEDIMENTOS EM ESPÉCIE

12.1 PROCEDIMENTOS NO PROCESSO PENAL. INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 11.719/2008

O processo, instrumento utilizado para a resolução dos conflitos de interesses, exige a conjugação de dois fatores: a) procedimento; e b) relação jurídica processual.

Amplamente definido pela doutrina, é o processo formado por um *conjunto de atos*, que caminham para um fim último: a prolação de sentença.

Chama-se de *procedimento* exatamente a forma ou o meio pelo qual o processo se desenvolve, sendo que os atos processuais são suas partes componentes.

Finalmente, somente se desenvolve válida e regularmente o processo no qual os sujeitos processuais parciais (autor e réu) e imparcial (juiz) dialoguem entre si, em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em verdadeira dialética processual.

A demora para o deslinde do processo, sem que se considerem os aspectos estruturais do Poder Judiciário, muitas vezes conducentes à morosidade na entrega da prestação jurisdicional, depende da análise do procedimento a ser adotado, mais ou menos célere.

Ainda, podemos afiançar que não existe uma unidade de procedimentos (ou

ritos), aplicável a todo e qualquer processo, já que a matéria a ser discutida pode gerar a aplicação de regras especiais, diversas das usualmente adotadas.

Destarte, a doutrina cuidou de classificar os procedimentos em duas espécies: ***comum*** e ***especiais***. O primeiro deles subdividia-se, ainda, em ordinário e sumário, ao passo que os especiais eram aqueles que guardavam regras peculiares que os diferiam daquele.

Todavia, importa registrar que o CPP não tratava, de maneira clara e sistemática, das espécies de procedimentos. Tal situação teve fim com a Lei 11.719/2008. Vejamos o item a seguir.

12.2 OS "NOVOS" PROCEDIMENTOS ORDINÁRIO E SUMÁRIO. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

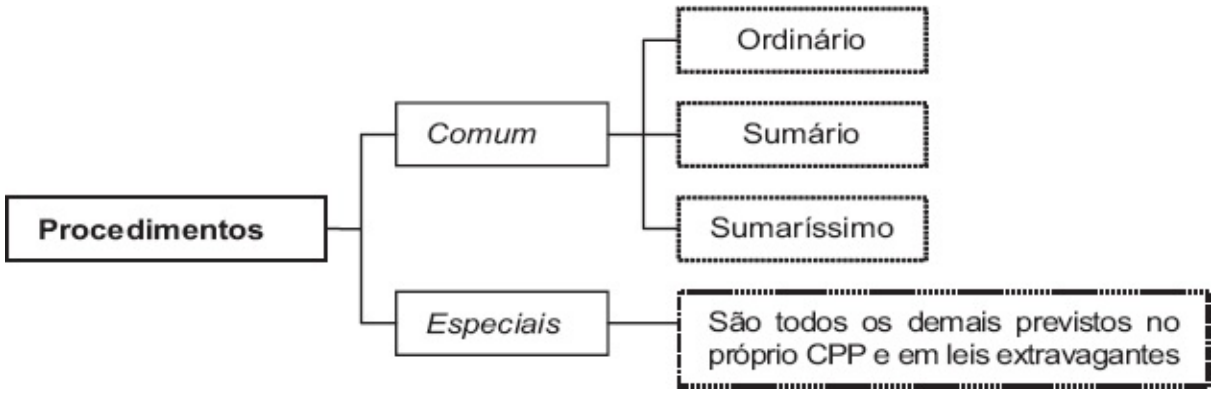
Já expusemos no intróito deste capítulo que as recentes reformas ao CPP demonstram a nítida intenção do legislador infraconstitucional em dar concretude ao princípio constitucional da "celeridade processual" (art. 5.º, LXXVIII, da CF), criado pela "Reforma do Judiciário" (EC 45/2004).

Em inegável regulamentação ao novo direito fundamental do cidadão, a Lei 11.719/2008, ao imprimir maior rapidez aos procedimentos ordinário e sumário, dando-lhes novos contornos, agrega ao processo penal um "pacote de reformas", já verificado no âmbito do processo civil, o que reputamos muito salutar. Afinal, é a lide penal a que causa maior hesitação social, tanto sob a ótica da população, que aguarda a rápida aplicação da lei ao caso concreto, quando sob o ponto de vista do acusado, sujeito passivo da persecução penal, que anseia, por vezes, demonstrar a sua inocência e livrar a si e sua família dos constrangimentos causados por um processo-crime.

Nessa ordem de ideias, e visando a tornar bastante didática a matéria relativa a procedimentos processuais penais, o diploma legal acima referido tratou das espécies de procedimentos e de suas subdivisões. Vejamos.

O **art. 394**, com a nova redação que lhe foi dada, é elucidativo ao prever: "O procedimento será comum ou especial". Ainda, o **§ 1.º**, do mesmo dispositivo, preleciona: "O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo".

Portanto, hoje podemos assim classificar os procedimentos:



12.2.1 Procedimento ordinário. Considerações preliminares

De acordo com as inovações trazidas ao CPP pela Lei 11.719/2008, passaremos a adotar o "novo" procedimento ordinário.

Até então, referido procedimento era aplicado aos crimes apenados com reclusão, para os quais não existisse previsão de rito especial. A partir de 22 de agosto de 2008, quando a lei acima mencionada entrará em vigor (*vacatio legis* de 60 dias, a partir de sua publicação em Diário Oficial), seguirão o rito ordinário os crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, pouco importando sua qualidade (reclusão ou detenção).

Assim dispõe o **art. 394, § 1.º, I**, que o procedimento a ser seguido será o "ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção **máxima** cominada for **igual ou superior a 4 (quatro) anos** de pena privativa de liberdade" (grifamos).

Fácil, portanto, estabelecer-se se o rito a ser seguido será o ordinário: basta que a pena privativa de liberdade cominada ao crime seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, *desde que não exista procedimento especial* (ex.: Júri, Lei de Drogas etc.).

Vale destacar que o **§ 2.º** prescreve a *aplicação subsidiária* do procedimento comum a todos os processos, desde que inexistam regras específicas. Nesse sentido: "Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial".

Nada mais fez o legislador do que inserir no texto legal o *princípio da especialidade*: havendo rito próprio, o processo se desenvolverá de acordo com este; à falta de procedimento especial, aplicar-se-á a regra geral, que é o comum.

Tal constatação se faz ainda mais evidente com a redação do **§ 3.º do art. 394:** "Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará

as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código". Quis o legislador evidenciar que, em matéria de Júri, o procedimento a ser seguido é o prescrito nos arts. 406 a 497, em clara aplicação do já mencionado *princípio da especialidade*.

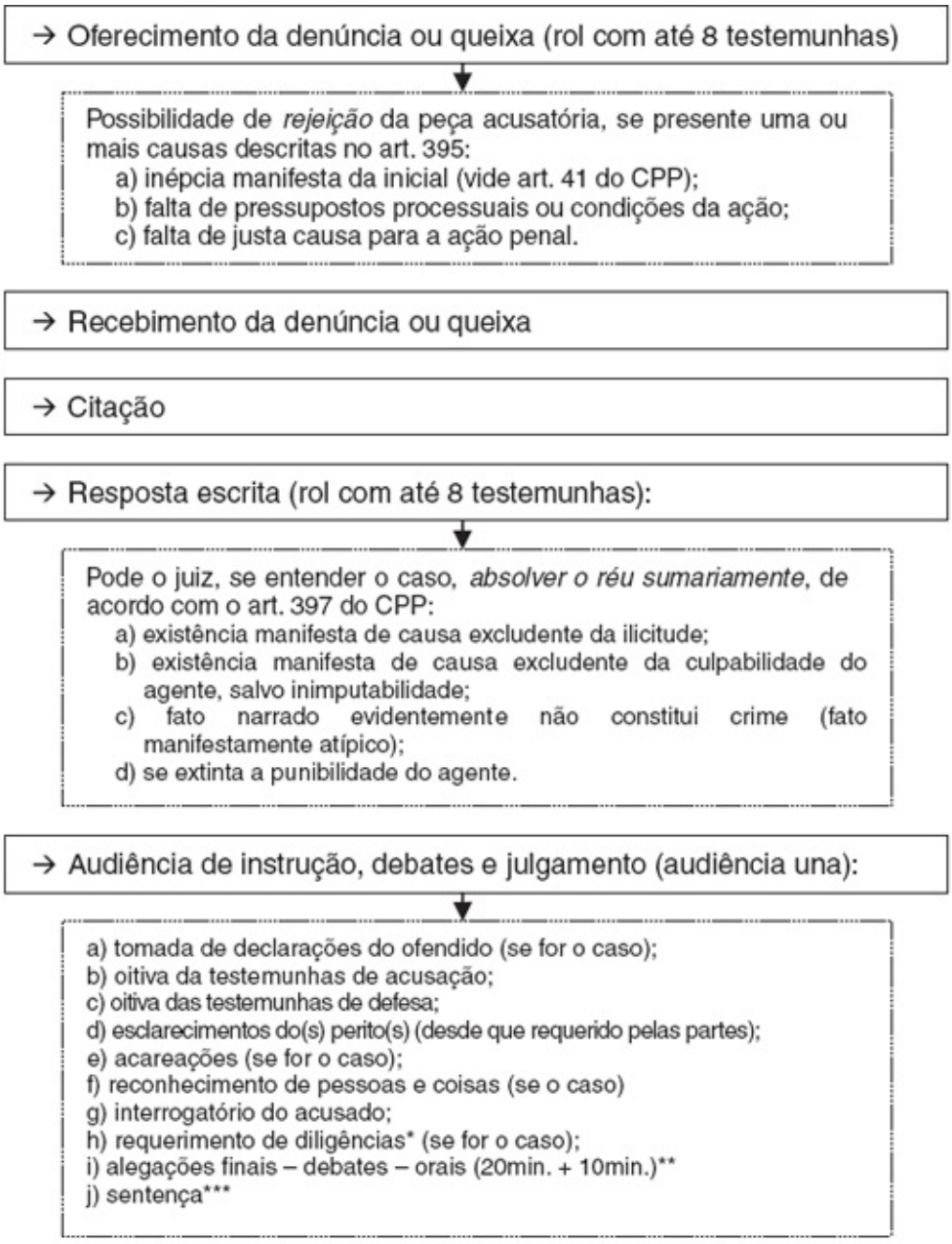
Insistindo no ponto da aplicação do procedimento comum a outros, ainda que não definidos no CPP, esclarece o **§ 4.º:** "As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código".

Para arrematar, em clareza meridiana, trata o **§ 5.º do art. 394** da **aplicação subsidiária** do **procedimento ordinário** às demais modalidades de procedimentos: "Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário".

Segue abaixo um resumo esquemático do novo procedimento ordinário (arts. 394 a 405), cujas fases serão mais bem abordadas nos itens a seguir:

Crimes com pena privativa de liberdade igual ou superior a 4 (quatro) anos, desde que não haja procedimento especial

Encerramento em 60 dias



* Se as diligências não puderem ser realizadas prontamente, o juiz encerrará a instrução. Nesse caso, as partes apresentarão as alegações finais sob a forma de memoriais.

** Se o juiz reputar a causa complexa ou o número de acusados puder procrastinar o encerramento da audiência, já que o defensor de cada qual terá o direito à palavra para deduzir alegações finais orais, será possível a conversão dos debates em memoriais, pelo prazo sucessivo de 5 (cinco) dias. Nesse caso, o magistrado deve sentenciar o feito em 10 (dez) dias.

*** Somente a sentença será proferida por ocasião da audiência una se não houver requerimento de diligências que não possam imediatamente ser realizadas, ou, ainda, se, em caso da complexidade da causa ou pluralidade de réus, forem os debates convertidos em memoriais.

12.2.2 Rejeição ou recebimento da denúncia ou queixa

De acordo com o art. 395 do CPP, com a redação que lhe foi conferida pela

Lei 11.719/2008, a denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I – for manifestamente inepta;

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Pode-se perceber que os três incisos do artigo acima transcrito retratam questões eminentemente processuais: a) *inépcia da inicial*; b) *falta de pressuposto processual e condição da ação*; c) *ausência de justa causa*.

Considera-se **inepta a denúncia ou queixa** quando desatendidos os requisitos previstos no art. 41 do CPP[1]. A **falta de pressuposto processual** impede a materialização de um processo existente, válido e regular, em violação ao princípio constitucional do devido processo legal. De outro lado, embora existente e válido o processo, imprescindível que o titular da ação preencha todos os requisitos formais exigidos para que exercite o direito de obter uma resposta do Estado-Juiz (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido – condições da ação). Finalmente, deve haver um mínimo de elementos de convicção acerca da autoria e materialidade delitivas para que a ação penal se desenvolva (**justa causa**). Importa registrar, quanto a este último item, que para o recebimento de denúncia ou queixa, já determinavam a doutrina e a jurisprudência que se pudesse verificar a existência de *justa causa*, sob pena de trancamento da ação penal, nos termos do art. 648, I, do CPP[2]. Hoje, aquilo que se tratava como condição implícita da ação penal torna-se requisito de admissibilidade da peça de acusação (denúncia ou queixa).

Portanto, se o juiz rejeitar a petição inicial com fundamento em um dos três incisos previstos no art. 395 e uma vez sanada a falha, a ação penal poderá ser novamente proposta, já que a decisão judicial que negou a admissibilidade da acusação, por vício formal, não faz coisa julgada material, mas meramente formal.

Diz-se que o ato judicial de recebimento da peça acusatória (denúncia ou queixa) não tem carga decisória. Daí a regra de que do recebimento dela não cabe recurso (salvo se houver previsão expressa em lei extravagante). Contudo, poderá o denunciado impetrar *habeas corpus*, caso se afigure alguma das hipóteses caracterizadoras de coação ilegal (art. 648 do CPP).

12.2.3 Citação e suspensão

Se o acusado for citado pessoalmente e não comparecer na data designada para a audiência de instrução, o juiz decretará a revelia, nomeando-lhe defensor dativo. Se a citação tiver sido por edital e se o acusado não tiver constituído defensor, o processo será suspenso, conforme determina o art. 366 do CPP (ocorrerá, aqui, a chamada *crise de instância*). Finalmente, em caso de citação com hora certa, desatendido o chamamento judicial, o magistrado irá nomear ao réu defensor dativo.

Sobre citação, veja o tópico 10.1 (capítulo das Citações e Intimações).

12.2.4 Resposta escrita

O novo art. 396, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.719/2008, assim dispõe: "Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias".

De ver-se que, recebida a denúncia ou queixa, será o acusado citado não mais para comparecer à audiência de interrogatório, como no modelo anterior, mas para **responder a acusação, por escrito, em dez dias**.

Esclarecemos que a **resposta escrita** do réu **não se confunde com a *defesa preliminar***, prevista em alguns procedimentos especiais (ex.: tráfico de drogas, crimes praticados por funcionários públicos). É que a referida peça processual é ofertada em momento posterior ao **oferecimento** da denúncia ou queixa, mas **antes de seu recebimento** pelo juiz. Destarte, o objetivo da defesa preliminar é demonstrar ao órgão judicante que a acusação é absolutamente infundada ou maculada por algum vício, provocador de sua ***rejeição***. Diverso, contudo, é o propósito da resposta escrita, semelhante a uma contestação cível.

Assim, em conformidade com o novo art. 396-A, poderão ser arguidas preliminares (matérias processuais), bem como a alegação de tudo o que interesse à defesa do réu, inclusive com a possibilidade de oferecimento de documentos e justificações e especificação das provas que pretenda produzir. No tocante à prova testemunhal, não bastará o mero requerimento de sua admissão, sendo imprescindível, sob pena de preclusão, ofertar o rol na mesma oportunidade, até o limite máximo de 8 (oito).

Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. Eis o que está previsto no § 2.º do art. 396-A.

A oferta de resposta à acusação é, portanto, peça obrigatória, já que, se não ofertada por advogado constituído pelo réu, o será por defensor dativo designado pelo juiz.

12.2.5 Absolvição sumária do réu. Julgamento antecipado da lide penal

Ato seguinte ao oferecimento de resposta escrita à acusação, poderá o juiz absolver sumariamente o réu, o que constitui novidade na legislação processual penal, à semelhança do julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330 do CPC.

De acordo com o novo art. 397 do CPP, após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
IV – extinta a punibilidade do agente.

Importa consignar que a absolvição sumária do acusado, nessa fase inicial do processo penal, somente será possível se houver existência **manifesta** de causas excludentes da ilicitude (ex.: legítima defesa, estado de necessidade), culpabilidade (ex.: coação moral irresistível), salvo inimputabilidade, que exigirá o devido processo legal, até o seu termo final, por importar em aplicação de sanção penal (medida de segurança), atipicidade ou extinção da punibilidade.

Perceba o leitor que não é possível a "condenação sumária", mas apenas a absolvição. Logo, o julgamento antecipado da lide penal será sempre *pro reo*, jamais *pro societate*, tendo em vista os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que seriam tolhidos acaso houvesse um deslinde prematuro do processo-crime.

12.2.6 Audiência una para a oitiva das testemunhas de acusação e defesa. Concentração dos atos e celeridade processual

No antigo modelo, havia previsão para a realização de pelo menos duas audiências: a primeira para a oitiva das testemunhas de acusação; a segunda,

logo a seguir, em nova data, agora para a inquirição das testemunhas de defesa.

Na esteira da celeridade processual, o legislador entendeu por bem concentrar, em uma só audiência, a colheita de toda a prova oral, incluindo o interrogatório do acusado, realizado apenas ao final.

Assim, temos que, a partir de 22 de agosto de 2008, quando entrarão em vigor todas as inovações do CPP promovidas pela Lei 11.719/2008, a dinâmica da audiência (una) será a seguinte:

a) recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399);

b) o acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar a sua apresentação (art. 399, § 1.º);

c) na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de **60 dias**, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado (art. 400). Nessa oportunidade, poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas por cada parte;

d) produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (art. 402). Se for *ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais* (art. 404);

e) não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por **20 minutos**, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por **mais 10**, proferindo o juiz, a seguir, sentença (art. 403). Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual (§ 1.º). Ao assistente do Ministério Público, se for o caso, após a manifestação deste, serão concedidos 10 minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa (§ 2.º);

f) o juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de **5 dias** sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de **10 dias** para proferir a sentença (art. 403, § 3.º).

Importante novidade foi a inversão na ordem da colheita da prova oral. Pela sistemática anterior, primeiramente o réu era interrogado, seguindo-se à inquirição das testemunhas de acusação e defesa, em audiências distintas. Com a reforma do CPP, primeiramente colhe-se a prova da acusação, para, em seguida, colher-se os depoimentos das testemunhas de defesa, seguidos do interrogatório do réu, realizado ao final.

Outra novidade é a de inserção quase que pura do princípio da oralidade na

audiência una, na medida em que as alegações finais serão oralmente deduzidas, salvo se a causa for complexa ou houver grande número de acusados, hipóteses em que o juiz poderá convertê-las em memoriais.

Finalmente, a regra da **identidade física do juiz** foi inserida ao processo penal por força do art. 399, § 2.º, do CPP: "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença". Assim como ocorre no processo civil, o descumprimento da regra causará a nulidade da sentença, que deverá ser proferida pelo juiz que haja presidido a audiência.

12.3 PROCEDIMENTO SUMÁRIO (ARTS. 531 A 538)

O rito sumário, antes da edição da Lei 11.719/2008, era aplicado aos crimes apenados com detenção, para os quais não existisse previsão de rito especial, **ressalvada a competência dos Juizados Especiais** (rito sumaríssimo).

É importante destacar que a Lei 11.313/2006 alterou a Lei 9.099/1995 com o intuito de unificar o conceito de infrações de menor potencial ofensivo com a Lei 10.259/2001, que são todas 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 conciliar a nova competência dos Juizados Especiais Criminais com a do antigo *procedimento sumário, deveria ser entendido como competência deste procedimento o julgamento dos crimes apenados com detenção cuja pena máxima fosse superior a dois anos e desde que não houvesse previsão legal de rito especial*.

Pela sistemática implementada ao CPP após a sua recente reforma, seguirá o procedimento sumário o crime cuja pena máxima privativa de liberdade seja inferior a 4 (quatro) anos, de acordo com o novo art. 394, § 1.º, II.

O novo rito sumário consiste, basicamente, na realização de uma única audiência de instrução e julgamento, no prazo de 30 dias, na qual serão colhidas as declarações da vítima, das testemunhas, esclarecimentos do perito, acareações, reconhecimentos de pessoas e coisas e, por fim, o interrogatório do réu. Portanto, outra excelente novidade, também verificada nos novos procedimentos do Júri e ordinário, seguindo a tendência já mostrada no rito sumaríssimo do JECrim (Lei 9.099/1995), e atendendo melhor ao princípio constitucional da ampla defesa, é o fato de o réu ser interrogado ao final.

Cada parte (acusação e defesa) poderá arrolar até 5 (cinco) testemunhas.

A lei visa dar celeridade processual, razão pela qual nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer. Assim, se faltar qualquer testemunha, o juiz pode até iniciar a audiência, determinando a condução coercitiva da faltante, mas sempre deve atentar para a ordem da oitiva: primeiro as testemunhas de acusação e depois as de defesa. Se faltar uma testemunha de acusação, mesmo que as de defesa estejam presentes, o juiz não pode ouvi-las, sob pena de inversão da ordem estabelecida no art. 531 do CPP, a não ser que as partes desistam da oitiva da testemunha faltante.

As alegações finais serão **orais**, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de **20 minutos**, prorrogáveis por **mais 10**, proferindo o juiz, a seguir, sentença. Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

Se houver assistente de acusação, após as alegações do Ministério Público, serão concedidos 10 minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

O procedimento sumário também deve ser observado nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o órgão do juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento.

No mais, aplicam-se ao novo rito sumário as disposições concernentes ao ordinário, nos termos dos itens anteriores.

Para a facilitação da compreensão das novidades, segue abaixo resumo esquemático do novo procedimento sumário:

Crimes com pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos, desde que não haja procedimento especial Encerramento em 30 dias

→ Oferecimento da denúncia ou queixa (rol com até 5 testemunhas)

↓

• Possibilidade de *rejeição* da peça acusatória, se presente uma ou mais causas descritas no art. 395:
  a) inépcia manifesta da inicial (vide art. 41 do CPP);
  b) falta de pressupostos processuais ou condições da ação;
  c) falta de justa causa para a ação penal.

→ Recebimento da denúncia ou queixa

→ Citação

→ Resposta escrita (rol com até 5 testemunhas):

↓

• Pode o juiz, se entender o caso, *absolver o réu sumariamente*, de acordo com o art. 397 do CPP:
  a) existência manifesta de causa excludente da ilicitude;
  b) existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
  c) fato narrado evidentemente não constitui crime (fato manifestamente atípico);
  d) se extinta a punibilidade do agente.

→ Audiência de instrução, debates e julgamento (audiência una):

↓

a) tomada de declarações do ofendido (se for o caso);
b) oitiva da testemunhas de acusação;
c) oitiva das testemunhas de defesa;
d) esclarecimentos do(s) perito(s) (desde que requerido pelas partes);
e) acareações (se for o caso);
f) reconhecimento de pessoas e coisas (se for o caso)
g) interrogatório do acusado;
h) alegações finais – debates – orais (20min. + 10min.)*
i) sentença**

* Diferentemente do procedimento ordinário, não há expressa previsão legal de conversão dos debates orais em memoriais. Todavia, cremos que, se as sim fizer o magistrado, não haverá qualquer nulidade. Ao contrário, inexistirá qualquer prejuízo às partes. Também não há menção na lei a respeito de requerimento de diligências pelas partes. No entanto, em respeito à verdade real, será possível que o magistrado encerre a audiência e determine a realização de diligências importantes ao deslinde da causa.

** O juiz deve prolatar a sentença por ocasião da audiência una. Todavia, se o fizer em momento ulterior, nulidade alguma haverá, até mesmo por se tratar de prazo impróprio.

12.4 PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Neste ponto teceremos breves comentários, pois, por questões didáticas, o tema é abordado no capítulo sobre os Juizados Especiais Criminais, no item 16.5.

Observadas as considerações realizadas no item do procedimento sumário, o rito sumaríssimo está previsto para os Juizados Especiais Criminais, que são competentes para a conciliação e julgamento das contravenções penais e dos crimes de menor potencial ofensivo (ampliado pela Lei 11.313/2006), assim considerados **aqueles cuja pena máxima não ultrapasse dois anos** (mesmo para os crimes sujeitos a procedimento especial), **cumulada ou não com multa**. De acordo com o art. 394 do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.719/2008, trata-se de espécie do gênero *procedimento comum*.

Neste procedimento, a rigor, não existe inquérito policial. Ao tomar conhecimento da infração, a autoridade policial lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado junto com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Encaminhados o autor e a vítima do fato ao Juizado Especial Criminal realizar-se-á audiência preliminar. Não comparecendo uma das partes, intima-se ela, bem como o seu responsável civil.

Composição civil. Aberta a audiência o juiz fará a proposta de composição dos danos (no caso de infrações penais que tenham sujeito passivo determinado). Aceita, a composição civil é homologada por sentença irrecorrível e passa a valer como título executivo.

Transação penal. O juiz indagará também se o autor do fato aceita a proposta do Ministério Público de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. A proposta poderá ser formulada desde que não estejam presentes as hipóteses previstas no art. 76, § 2.º, da Lei 9.099/1995. Ocorrendo a transação penal o feito deverá ser arquivado.

Inexistindo arquivamento ou sentença na fase preliminar, passa-se efetivamente à fase processual, segundo o estabelecido no rito sumaríssimo (esta fase encontra-se detalhadamente comentada no item 16.5, no capítulo que trata dos Juizados Especiais Criminais).

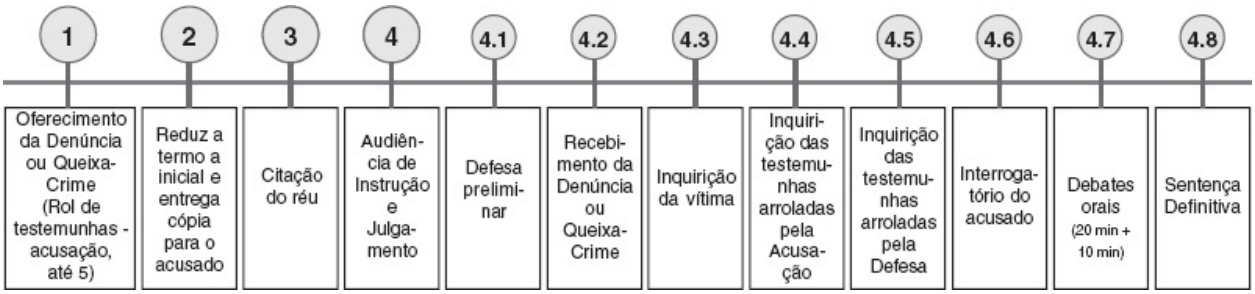
Por fim, cumpre observar que estão previstos, na Lei 9.099/1995, apenas dois recursos: apelação e embargos de declaração.

A apelação deve ser interposta no prazo de 10 dias, a contar da sentença (inclusive a que aplica a transação penal), bem como da decisão que rejeitar a

denúncia ou a queixa.

Os embargos de declaração devem ser opostos perante o próprio juiz, no prazo de cinco dias, e sua interposição **suspende** o prazo para outros recursos (art. 83 da Lei 9.099/1995). Se houver, do julgamento realizado pela Turma Recursal, violação a norma de índole constitucional, será cabível, em tese, recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

GRÁFICO RITO SUMARÍSSIMO (art. 60 da Lei 9.099/1995)



12.5 PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

12.5.1 Procedimento nos crimes de competência do Tribunal do Júri

12.5.1.1 Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri é o órgão integrante do Poder Judiciário, de primeira instância, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, e os comuns que lhe forem conexos. Tais crimes (que determinam sua competência) são o homicídio, a instigação, o induzimento ou o auxílio ao suicídio, o infanticídio e o aborto. Lembre-se que o latrocínio, embora acarrete a morte (ou ao menos a tentativa de morte) da vítima, não será julgado pelo Tribunal do Júri, uma vez que se trata de crime cuja objetividade jurídica imediata é o patrimônio alheio.

Trata-se de um órgão colegiado e heterogêneo, garantido pela Constituição Federal, composto por **um juiz togado** e **25 juízes leigos** (jurados), sorteados entre os alistados, sendo que apenas sete serão sorteados para constituir o Conselho de Sentença, cujas decisões serão tomadas por maioria de votos. Todavia, para a sessão ser instalada, devem estar presentes no mínimo 15 jurados sob pena de adiamento do julgamento.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5.º, XXXVIII, traz os princípios norteadores do Tribunal do Júri, a saber:

a) ***plenitude da defesa*****:** segundo Antonio Scarance Fernandes, "quis o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, assegurar ao acusado do júri mais, ou seja, a defesa plena, levando em conta principalmente o fato de que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada. Pode o juiz, no seu julgamento, de ofício, admitir em favor do acusado tese não apresentada pela defesa, mas os jurados não podem" (op. cit., p. 290). O exercício do direito de defesa no Tribunal do Júri é tão amplo que até mesmo as teses defensivas levantadas pelo defensor técnico que sejam incompatíveis com as levantadas pelo próprio réu, no exercício da autodefesa, devem constar obrigatoriamente nos autos. Para assegurar a observância dessa garantia, o juiz poderá até mesmo nomear defensor ao réu quando o considerar indefeso podendo, neste caso, dissolver o conselho, marcando novo dia para o julgamento, conforme estabelece o art. 497, V, do CPP.

b) ***sigilo das votações*****:** segundo esse princípio, os jurados devem proferir seus votos em segredo sendo recolhidos à sala secreta, caso o fórum conte com este local. Caso contrário, o magistrado determinará a saída do público, permanecendo em Plenário apenas o Ministério Público (ou querelante, se se tratar de ação penal privada subsidiária da pública), os próprios jurados, o oficial de justiça, o escrivão que estiver a cargo do juiz presidente e o advogado. Também não podem os jurados se manifestar sobre o seu julgamento nem influir na decisão dos outros jurados, sob pena de nulidade absoluta do julgamento. O sigilo das votações não ofende, por sua vez, a garantia constitucional da publicidade dos atos. Além de estar previsto no art. 5.º, XXXVIII, b, da própria CF, o sigilo, segundo Antonio Scarance Fernandes, "justifica-se como medida necessária para preservar a imparcialidade do julgamento, evitando-se influência sobre os jurados que os impeça de, com liberdade, manifestar seu convencimento pela votação dos quesitos" (op. cit., p. 294);

c) ***soberania dos veredictos*****:** segundo esse princípio, assegura-se que nenhum órgão jurisdicional possa sobrepor-se às decisões do júri para exercer, simultaneamente, o *judicium rescindens* e o *judicium rescisorium*. Em outras palavras, nenhuma decisão proferida por meio dos veredictos dos jurados poderá ser substituída por outra sem a observância desse procedimento. Assim, caso a instância superior, provocada pela interposição de algum recurso ou de *habeas corpus*, reconheça a ocorrência de *error in procedendo* (erro de procedimento) ou *de error in judicando* (erro de julgamento), o art. 593, III, do CPP determinará a correção da decisão para adaptá-la de acordo com o julgamento dos jurados (alíneas *b* e *c*), ou a realização de novo julgamento (alíneas *a* e d) – observe que a revisão criminal, uma vez procedente, poderá absolver diretamente o réu;

d) ***competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida*****:** segundo esse princípio, a Constituição Federal estabeleceu uma competência mínima, que não pode ser subtraída por nenhuma lei infraconstitucional. Entretanto, a competência do tribunal do júri poderá ser ampliada por lei ordinária.

Cabe aos jurados o julgamento do fato criminoso (isso não significa que os jurados, denominados de *juízes leigos*, não analisem matéria de direito, que, por vezes, é indissociável da matéria de fato), abrangendo a análise da sua autoria, materialidade e a incidência de qualificadoras e causas de aumento ou

diminuição de pena. Ao juiz cabe apenas a presidência do julgamento, a determinação da pena a ser imposta ao réu e a sua dosagem, bem como a redação da sentença de acordo com os votos (respostas aos quesitos) proferidos pelo Conselho de Sentença.

O procedimento para os processos de competência do Tribunal do Júri apresenta duas fases, sendo, por isso, denominado ***escalonado*** ou, ainda, *bifásico*, *bipartido* ou *misto*.

A ***primeira fase*** refere-se ao juízo de admissibilidade da acusação (ou juízo de prelibação) que se inicia com o oferecimento da denúncia e se encerra com a decisão de pronúncia, constituindo, assim, o *judicium acusationis* (ou sumário da culpa) cuja instrução criminal seguirá o procedimento especial previsto nos arts. 406 a 497 do CPP.

Já a ***segunda fase*** refere-se ao julgamento do mérito da ação (ou juízo de delibação), iniciando-se com a apresentação do rol de testemunhas pelas partes e terminando com o julgamento feito pelos jurados, constituindo, assim, o *judicium causae* (ou juízo da causa), seguindo a disciplina prevista nos mesmos arts. 406 a 497 do citado diploma legal.

12.5.1.2 A função do jurado

O serviço do júri é obrigatório e o alistamento para o exercício dessa função compreenderá os cidadãos maiores de 18 anos (pela regra antiga, apenas os maiores de 21 é que podiam exercer tal função), de notória idoneidade, ficando isentos os maiores de 70 (pela regra antiga, os maiores de 60 já podiam requerer sua isenção de prestar serviços no Tribunal do Júri). Os jurados têm a função de se pronunciar sobre o mérito da ação penal de acordo com a sua íntima convicção (não precisam motivar suas conclusões, dado o sigilo das votações aos quesitos), tratando-se de uma função cívica, de extrema importância para o exercício da cidadania.

A recusa ao serviço do júri, se motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, acarretará a perda dos direitos políticos, de acordo com a nova disciplina ao tema conferida pelo art. 438 do CPP. Nesse ponto, inovou o legislador, na medida em que a CF de 1988 já previa, em seu art. 5.º, VIII, que ninguém poderia ser privado de direitos, por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocasse para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusasse a cumprir prestação alternativa,

fixada em lei. Finalmente, a lei processual penal criou a referida “prestação alternativa”, razão pela qual, se reconhecido como injusto o impedimento alegado pelo jurado, submeter-se-á ao disposto no já referido art. 438, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.690/2008, sob pena de perder seus direitos políticos.

São **requisitos** para ser jurado:

1) nacionalidade brasileira;
2) ser maior de 18 anos;
3) ter notória idoneidade;
4) estar no gozo dos direitos políticos;
5) residir na comarca do julgamento;
6) estar no gozo das faculdades mentais e dos sentidos;
7) ser alfabetizado.

De acordo com o art. 437 do CPP, são **isentos** do serviço do júri:

I – o Presidente da República e os Ministros de Estado;
II – os Governadores e seus respectivos Secretários;
III – os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais;
IV – os Prefeitos Municipais;
V – os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública;
VI – os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública;
VII – as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública;
VIII – os militares em serviço ativo;
IX – os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa;
X – aqueles que o requererem, demonstrando justo impedimento.

O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo. No tocante à prisão especial do jurado, embora tenha havido a alteração do art. 439 do CPP pela Lei 12.403/2011, aparentemente revogando a prerrogativa em comento aos juízes leigos, tal ainda é cabível em virtude da regra geral exposta no art. 295, X, do CPP. Ainda, gozará o jurado de preferência, em igualdade de condições, nas concorrências públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, tratando-se esta última hipótese de novidade prevista no art. 440 do CPP.

Insta frisar que o jurado, enquanto estiver exercendo tal mister, é considerado, para efeitos penais, funcionário público (art. 327 do CP), podendo, portanto, responder por crimes como peculato (art. 312), corrupção passiva (art. 317), dentre outros, de acordo com o art. 445 do CPP, com a nova redação dada pelo já acima citado diploma legal.

12.5.1.3 Primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri

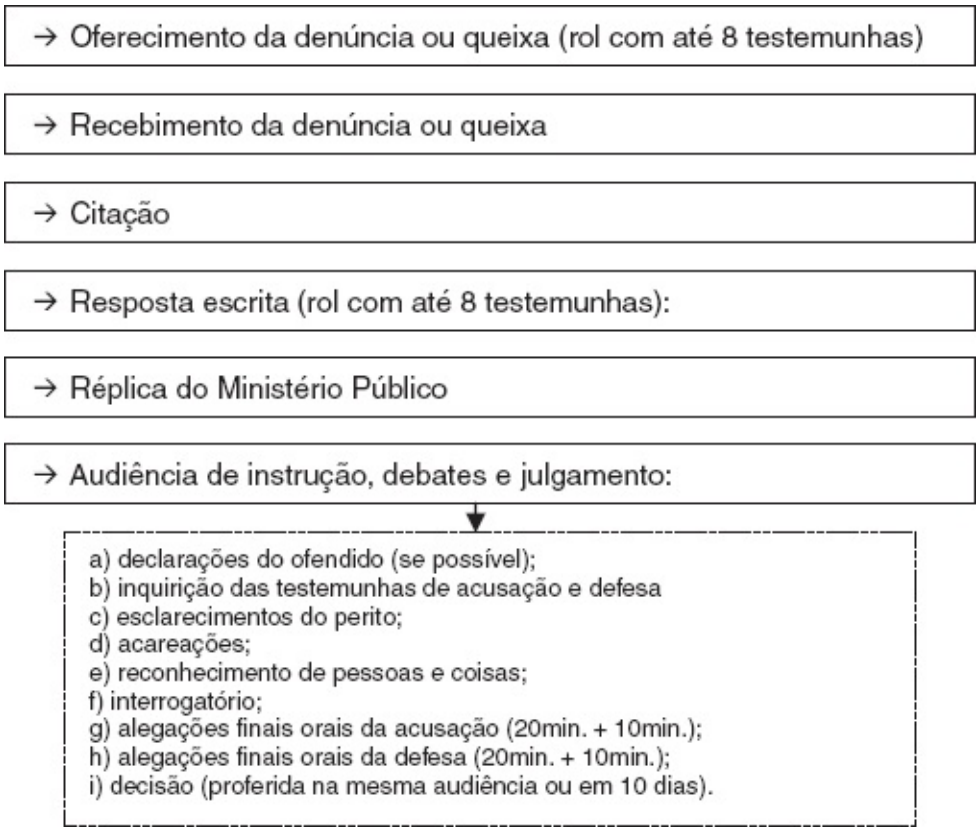
12.5.1.3.1 Considerações preliminares

A primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri segue regras bastante semelhantes às previstas para o novo procedimento comum ordinário (arts. 394 a 405 do CPP). Assim, uma vez recebida a denúncia ou a queixa, o juiz determinará que seja feita a citação do réu, o qual deverá oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias. Não o fazendo, o juiz irá nomear-lhe defensor dativo. Ato seguinte, será designada audiência de instrução, oportunidade em que serão inquiridas as testemunhas de acusação e defesa, seguida de interrogatório do réu. As alegações finais serão oralmente deduzidas, na mesma oportunidade, seguindo-se à prolação de decisão.

Cuidou a lei de atribuir a essa primeira etapa do procedimento do Júri o nome de “Acusação e Instrução Preliminar” (arts. 406 a 412).

A fim de facilitar a apreensão das novidades operadas ao procedimento do Júri pela Lei 11.689/2008, confeccionamos o resumo esquemático que segue abaixo:

Crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, e seus conexos



Importa registrar que, à semelhança dos procedimentos ordinário e sumário, o legislador concentrou, em uma só audiência, a colheita de toda a prova oral, incluindo o interrogatório do réu, realizado apenas ao final e em ato seguinte à inquirição da vítima (se possível), das testemunhas de acusação e de defesa.

Outra novidade foi a previsão expressa do prazo de encerramento da primeira fase do procedimento especial do Júri: **90 dias**. Assim é o que vem disposto no novo art. 412 do CPP. Cremos que referido dispositivo poderá ser invocado para fundamentar eventual pedido de relaxamento de prisão por excesso de prazo, no caso de o réu responder o processo no cárcere (ex.: prisão em flagrante).

Finda a audiência una, caberá ao juiz proferir uma decisão (em audiência ou em até dez dias de seu encerramento), que poderá ser a de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

Para a melhor compreensão das possibilidades que se abrem ao juiz, encerrada a fase probatória do sumário da culpa, segue a tabela abaixo:

Pronúncia	Indícios suficientes de autoria e materialidade	Recurso em sentido estrito (art. 581, IV, do CPP)

Impronúncia	Ausência de indícios suficientes de autoria ou materialidade	Apelação (art. 416 do CPP)
Desclassificação	Reconhecimento da prática de crime não doloso contra a vida	Recurso em sentido estrito (art. 581, II, do CPP)
Absolvição sumária	a)Prova da inexistência do fato; b)Prova de não ser o réu autor ou partícipe do fato; c)Fato não constituir infração penal (atipicidade); d)Causas de isenção de pena (excludentes de culpabilidade) ou de exclusão do crime (excludentes de ilicitude)	Apelação (art. 416 do CPP)

12.5.1.3.2 Pronúncia

Com o encerramento da instrução preliminar, deverá o juiz proferir uma das seguintes decisões: a) pronúncia; b) impronúncia; c) desclassificação; e d) absolvição sumária.

O procedimento bifásico do Júri só terá seguimento se o acusado for pronunciado. Nos demais casos, ou o feito terá a sua marcha encerrada (absolvição sumária ou impronúncia), ou seguirá perante juízo diverso (desclassificação).

No tocante à pronúncia, reza o **art. 413:** "O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação".

Os requisitos para a decisão de pronúncia são semelhantes àqueles previstos pelo antigo art. 408 do CPP: existência do crime e indícios de que o réu seja o seu autor. Esse é o teor do dispositivo, hoje inserido no já referido art. 413.

Vê-se que o legislador exige a concorrência de dois requisitos para a pronúncia: ***materialidade do fato*** e ***indícios suficientes de autoria ou de participação***. Em outras palavras, exige-se a comprovação do binômio autoria/materialidade. A materialidade do fato pode ser tida como sinônimo da existência do crime. Os crimes dolosos contra a vida são materiais, valem dizer, exigem resultado naturalístico para a sua configuração. Além disso, deixam vestígios (delitos não transeuntes), exigindo-se a realização de exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos termos do art. 158 do CPP.

Assim, a existência de homicídio doloso, participação em suicídio, aborto e infanticídio dependerá da demonstração da sua ocorrência, vale dizer, da prova da materialidade delitiva.

Já no tocante ao aspecto subjetivo do crime, será imprescindível que os autos ostentem indícios suficientes de autoria ou de participação do agente na empreitada criminosa (este último caso se houver o induzimento, instigação ou o auxílio a um dos crimes dolosos contra a vida, ou seja, em caso de concurso de pessoas, na modalidade *participação*).

Não se contenta o atual dispositivo com simples "indícios de autoria", sendo importante que sejam eles *suficientes* o bastante para a ligação do agente ao fato. Muito embora exija a lei o binômio autoria/materialidade para a pronúncia do réu, não se faz necessária a certeza, que somente será imprescindível na segunda fase do Júri, em cognição exauriente das provas pelos jurados.

Não é demais reforçar que a primeira fase do Júri é de simples admissibilidade da acusação, não se fazendo um juízo aprofundado de culpabilidade, mas de probabilidade da prática do crime, especialmente no tocante à autoria. É o que a doutrina denomina de *in dubio pro societate*. Em outras palavras, embora sejam exigidos para a pronúncia os *indícios suficientes de autoria*, não se transmudam estes em *certeza* de autoria, que deverá ser confirmada em Plenário, já que os jurados são, de fato e de direito, o juiz natural para a apreciação dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, e seus conexos.

Quando o magistrado proferir um juízo positivo de admissibilidade da acusação, irá pronunciar o acusado, conforme prevê o art. 413. Todavia, o **§ 1.º** reza que "a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena". Nesse ponto, cuidou o legislador de passar uma "mensagem" ao magistrado: "Cuidado com as palavras!".

A pronúncia é decisão interlocutória mista não terminativa, cujo teor deve ser bastante singelo. Deve o magistrado, nessa fase procedimental, ater-se apenas aos requisitos exigidos pela lei (indícios suficientes de autoria e materialidade), sendo vedado o excesso de linguagem. Pôs-se um fim à denominada ***eloquência acusatória***. Em outras palavras, ao pronunciar o réu, deve o juiz ser comedido, sem emitir juízos de valor, muito embora isso não signifique ausência de fundamentação, o que acarretaria a nulidade da decisão por afronta ao art. 93,

IX, da CF. A decisão, por evidente, deve ser fundamentada, mas sem exageros na linguagem. Cognição exauriente deverá ser feita na segunda fase do procedimento do Júri, em sede de Plenário.

Se o crime pelo qual o réu houver sido pronunciado for afiançável (ex.: induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio, autoaborto e aborto provocado com o consentimento da gestante), o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória, conforme determina o **§ 2.º, do art. 413**. Aqui não há muita distinção com o que já dispunha o art. 408, § 3.º, hoje incorporado ao aludido dispositivo.

No tocante à prisão por ocasião da decisão de pronúncia, "o juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código", conforme preleciona o **§ 3.º do art. 413**. Não se trata, como dissemos no capítulo específico, de espécie autônoma de prisão cautelar, mas, em verdade, de momento possível para que se decrete a prisão preventiva do acusado, desde que presentes os requisitos autorizadores da medida restritiva da liberdade.

O que fez a Lei 11.689/2008 foi adequar a doutrina e jurisprudência ao texto legal, na medida em que toda e qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória (prisões cautelares ou processuais) exigem *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Assim, para a manutenção de prisão cautelar que o réu já ostentava durante o processo, caberá ao magistrado, ao pronunciá-lo, fundamentar se os seus requisitos ainda persistem. Já em caso de réu solto, até poderá decretar medidas cautelares pessoais, desde que fundamente sua necessidade. Repetimos: o que fez o legislador aqui foi inserir no CPP disposições condizentes com os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Apenas após a preclusão da decisão de pronúncia, que acontecerá no caso da não interposição de recurso em sentido estrito, ou no caso de este não ser provido, terá início a segunda fase do procedimento do Júri, conforme comentaremos mais à frente.

Finalmente, em caso de pronúncia, a intimação do réu deverá respeitar o novo art. 420 do CPP, cuja redação foi alterada pela Lei 11.689/2008. Assim, far-se-á a intimação:

I – pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público;

II – ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público, na forma do disposto no § 1.º do art. 370 deste Código;

III – por edital, se o acusado solto não for encontrado (parágrafo único).

Assim, a antiga regra que impunha a obrigatoriedade de intimação pessoal do acusado, especialmente nos crimes inafiançáveis, sob pena de sobrestamento do feito (denominada de *crise de instância*), conforme mencionava o antigo art. 414, teve o seu fim com a já citada Lei 11.689/2008. A regra é salutar, eis que havia um exagero em se exigir a intimação da decisão de pronúncia do réu que já havia sido pessoalmente citado para responder à acusação.

Resumindo: de acordo com as alterações, deverá o réu ser intimado pessoalmente da decisão de pronúncia, não mais havendo qualquer distinção se o crime admite ou não o arbitramento de fiança. Caso não seja encontrado, a intimação far-se-á pela via editalícia. Com isso, evita-se a suspensão do processo, vale dizer, a já mencionada *crise de instância*.

12.5.1.3.3 Impronúncia

Será dado ao juiz impronunciar o acusado se ausentes os requisitos exigidos pelo art. 413, *caput*. Vejamos o teor do **art. 414:** "Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado".

Trata-se de decisão que não promove a absolvição do réu, mas sim a inadmissibilidade da acusação ante a falta do binômio autoria/materialidade. Doutrinariamente, pode a impronúncia ser classificada como decisão interlocutória mista terminativa, na medida em que, embora não absolva ou condene o acusado, extingue o processo, encerrando-o.

Interessante notar que, de acordo com o **art. 416**, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.689/2008, o recurso cabível contra a decisão de impronúncia é a **apelação**, e não mais o recurso em sentido estrito, previsto, até então, no art. 581, IV, do CPP. Por se tratar de decisão que extingue o processo, preferiu o legislador que o seu meio impugnativo seja a apelação, deixando para o recurso em sentido estrito as decisões que não colocam fim à marcha processual (pronúncia e desclassificação).

A prova de que a impronúncia não tem o caráter de sentença é o **parágrafo único do art. 414:** "Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova". Em outras palavras,

ainda que o réu seja impronunciado, será possível o oferecimento de nova denúncia ou queixa, no caso de emergirem novas provas que apontem a responsabilidade penal do réu. Nem se poderia pensar em violação à coisa julgada, tendo em vista a natureza interlocutória da decisão de impronúncia.

É importante frisar que a decisão de impronúncia não declara a inocência do réu, mas sim que, na ação penal contra ele proposta, não existiram provas suficientes para submetê-lo a julgamento em plenário. Se ficar reconhecida a inexistência do fato, a negativa de autoria ou que o fato atribuído ao réu não constitui infração penal (art. 386, I e III, do CPP), haverá coisa julgada material, impeditiva da propositura de uma nova ação penal. Nesses casos, sem prejuízo de outras hipóteses, deverá o acusado ser absolvido sumariamente, conforme se poderá verificar no item a seguir.

De acordo com o art. 81, parágrafo único, do CPP, reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração ou impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente.

12.5.1.3.4 Absolvição sumária

Poderá o juiz, ainda na primeira fase do procedimento do Júri, absolver sumariamente o acusado se presente uma das quatro hipóteses previstas no novel **art. 415**, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.689/2008:

a) prova da inexistência do fato;
b) prova de não ser ele autor ou partícipe do fato;
c) o fato não constituir infração penal; e
d) demonstrada a existência de causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

O legislador ampliou as hipóteses de absolvição sumária, até então restritas às circunstâncias excludentes de criminalidade (ou antijuridicidade – ex.: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de um dever legal ou exercício regular de direito – art. 23 do CP) ou causas de isenção de pena (excludentes de culpabilidade – ex.: inimputabilidade, coação moral irresistível, erro de proibição – arts. 26, 22 e 21, todos do CP) previstas no antigo art. 411.

Assim, embora persista como hipótese causadora da absolvição sumária do réu a verificação de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, também ensejará a prolação desta mesma sentença a ***prova da inexistência do fato*** **e a**

negativa de autoria ou de participação. Anteriormente às alterações, se verificado que o réu não havia praticado o crime (negativa de autoria) ou se sequer existisse prova da ocorrência do fato (inexistência do fato), seria ele impronunciado.

Situação peculiar ocorrerá se verificada, no sumário da culpa, a inimputabilidade penal do agente prevista no art. 26 do CP. Se a referida causa excludente da culpabilidade for a única tese defensiva deduzida em juízo, se acolhida pelo magistrado acarretará a absolvição sumária do acusado. Todavia, se for deduzida a referida causa em caráter subsidiário, vale dizer, se outra tese for suscitada pela defesa, deverá o magistrado pronunciar o agente. Isto é o que podemos compreender do **parágrafo único do art. 415:** "Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva".

Da sentença de absolvição sumária será possível interpor recurso de apelação, conforme disciplina o novo **art. 416**. Trata-se, como dissemos anteriormente, de opção do legislador de permitir a impugnação de decisões que impliquem o encerramento do processo por meio de apelação (absolvição sumária e impronúncia), diversamente das interlocutórias não terminativas (pronúncia e desclassificação), ainda impugnáveis por recurso em sentido estrito (art. 581, II e IV, do CPP).

O citado art. 81, parágrafo único, do CPP determina que na hipótese de absolvição sumária o juiz deverá remeter o processo ao juízo competente para que este julgue os crimes conexos.

Da decisão de absolvição sumária, conforme já dito anteriormente, não mais cabe recurso em sentido estrito pela acusação (art. 581, VI, do CPP, revogado pela Lei 11.689/2008), mas sim apelação (art. 416). Apenas na hipótese de imposição de medida de segurança ao réu inimputável (*absolvição sumária imprópria*) é que a defesa terá, eventualmente, interesse recursal em modificar a sentença (ex.: réu inimputável que agiu em legítima defesa – será absolvido sumariamente sem a imposição de medida de segurança).

12.5.1.3.5 Desclassificação

Por derradeiro, a quarta e última decisão que poderá o juiz proferir ao término da Instrução Preliminar é a ***desclassificação***. Com efeito, prescreve o **art. 419**,

com a redação conferida pela Lei 11.689/2008: “Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1.º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja”.

Trata-se de mera decisão interlocutória, na qual o juiz reconhecerá sua incompetência para julgar o crime que de fato ocorreu (não doloso contra a vida), remetendo os autos ao juízo competente. De acordo com a doutrina e jurisprudência já consolidadas, não deverá o magistrado incursionar em demasia no “mérito” do crime, inclusive sua própria tipificação, que ficará a cargo do juiz competente para julgar o feito, limitando-se a esclarecer apenas que a infração não é de competência do júri. Caso contrário, o juiz incompetente invadiria competência alheia e, ainda, haveria um prejulgamento, inadmissível antes da sentença final. Em comarcas onde haja apenas um juiz é evidente que, transcorrido o prazo para recurso, o processo continua a tramitar perante ele mesmo. É importante anotar que o novo juiz não poderá reclassificar o fato como crime de competência do Tribunal do Júri em razão da questão já estar preclusa.

Contra a decisão que desclassifica o delito cabe recurso em sentido estrito pela acusação com fundamento no art. 581, II, do CPP, uma vez que tal decisão versa sobre a incompetência do juízo.

12.5.1.4 A segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri

12.5.1.4.1 Intimação das partes

Após a preclusão da decisão de pronúncia, e se não for o caso de aditamento da peça acusatória e prolação de nova decisão, no caso de circunstância superveniente que altere a classificação do crime, “o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência”. Este é o teor do novo **art. 422**.

No antigo procedimento, o ato seguinte à preclusão da pronúncia era a oferta de libelo acusatório pelo Ministério Público, nos termos do então art. 416, ou, em caso de ação penal privada subsidiária da pública, pelo querelante, de acordo com o antigo art. 420. Com a reforma, extinguiu-se do procedimento do Júri a

vetusta e complicada peça processual, que se fazia em articulados e, de tão complexa, era a causa de declaração de nulidade de inúmeros processos. Sua utilidade era nenhuma, tendo como único efeito prático arrolar testemunhas.

Andou bem o legislador ao expurgar o libelo-crime acusatório, cabendo ao Juiz-Presidente do Tribunal do Júri intimar as partes (acusação e defesa) para que, querendo, apresentem simples rol de testemunhas, em número máximo de 5, que irão depor em Plenário. O prazo para tal providência, sob pena de preclusão, é de 5 dias.

Por consequência, excluída está também a oferta de contrariedade ao libelo pela defesa, até então prevista no antigo art. 421, cuja serventia, à semelhança do libelo, era a de arrolar testemunhas.

Na mesma oportunidade em que for oferecido o rol de testemunhas pela acusação e pela defesa, poderão ser juntados aos autos documentos e requeridas diligências. Nesse caso, após deliberar sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente, de acordo com o **art. 423**, deverá:

I – ordenar as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa (verdadeiro saneamento do processo, em preparação ao juízo da causa, que é a segunda fase do procedimento do Júri);

II – confeccionar relatório sucinto do processo, determinando a sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

Portanto, logo após as partes oferecerem rol de testemunhas, deverá o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri sanear o processo, verificando a existência de nulidades, as quais, se ocorridas, deverão ser eliminadas imediatamente, impedindo-se, com isso, que o feito avance e, em momento ulterior, seja anulado. Ato seguinte, se suscitadas diligências pelas partes, deverá o juiz ponderar a sua pertinência e, assim sendo, ordenar que sejam realizadas, esclarecendo-se, pois, os fatos de interesse para o deslinde da causa.

Saneado o feito e realizadas as diligências, caso necessárias, o processo será incluído na pauta da reunião do Tribunal do Júri, sem prejuízo da confecção de um relatório sucinto do feito.

Por derradeiro, o **art. 424** prescreve: “Quando a lei local de organização judiciária não atribuir ao presidente do Tribunal do Júri o preparo para julgamento, o juiz competente remeter-lhe-á os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 433 deste Código”.

12.5.1.4.2 Do alistamento dos jurados

Um dos momentos mais importantes para a realização do Júri ocorre bem antes do julgamento, qual seja com o alistamento dos jurados.

Com o surgimento de grandes centros urbanos e várias cidades com mais de 1 milhão de habitantes, o antigo art. 439 do CPP mostrava-se defasado, pois previa apenas duas faixas de cidades. Comarcas com mais de 100 mil habitantes e o Distrito Federal, que escolhiam de 300 a 500 jurados, e cidades com menos de 100 mil habitantes, nas quais eram escolhidos de 80 a 300 jurados anualmente.

Esta distorção era corrigida pelos provimentos e resoluções dos Tribunais, que determinavam o aumento da lista anual dos jurados, embora sem previsão legal. Apenas para ilustrar a enorme defasagem existente, Nucci exemplifica citando o caso da Comarca de São Paulo, que, no ano de 2000, havia mais de 25 mil processos e inquéritos em andamento nas cinco Varas do Júri da cidade de São Paulo, levando o Tribunal de Justiça a elevar o número de jurados alistados para 38 mil (bem superior aos 500 previstos no antigo art. 439 do CPP), sendo 14 mil para o 1.º Tribunal do Júri e 6 mil para cada um dos demais. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 118).

Agora, com a nova redação, o assunto é tratado no art. 425 do CPP com três faixas de cidades. Nas cidades com mais de 1 milhão de habitantes serão escolhidos de 800 a 1.500 jurados; nas cidades com mais de 100 mil habitantes serão escolhidos de 300 a 700 jurados e nas comarcas menores de 80 a 400 jurados serão escolhidos anualmente. É possível, ainda, caso haja necessidade, que o número de jurados seja aumentado ou, ainda, que seja criada uma lista de suplentes. Embora a lei seja omissa quanto à forma de ampliação, entendemos que ela deverá ser feita por meio de resoluções e provimentos, atendendo ao disposto no Regimento Interno de cada Tribunal.

A indicação dos jurados é feita por autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado, mediante requisição do juiz.

A lista provisória com a relação dos jurados indicados será publicada todo dia 10 de outubro e pode ser alterada de ofício ou mediante requisição de qualquer do povo. No dia 10 de novembro será então publicada a lista definitiva, quando se abre o prazo para o Recurso em Sentido Estrito previsto no art. 581, XIV, do

CPP.

Após servir o Conselho de Sentença no ano imediatamente anterior ao da publicação da lista, o jurado será dela excluído. Esta determinação legal embora possa trazer alguma dificuldade ao magistrado que estava acostumado simplesmente a repetir a lista do ano anterior, evita a figura do chamado *jurado profissional*, lembrando que apenas estará excluído o jurado que fez parte dos sete sorteados para o Conselho de Sentença e não dos 25 jurados sorteados para a sessão plenária.

12.5.1.4.3 Desaforamento

Consiste o desaforamento em uma transferência do julgamento do réu para foro diverso do inicialmente competente, tendo por fatos geradores:

a) interesse da ordem pública;
b) dúvida sobre a imparcialidade do júri;
c) segurança pessoal do acusado; ou
d) excesso de serviço que acarrete atraso no julgamento do réu por 6 (seis) meses ou mais, a partir da preclusão da decisão de pronúncia.

Conforme giza o **art. 427**, "se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas".

Verificada uma ou mais das hipóteses ensejadoras do desaforamento, poderá este ser requerido pelo Ministério Público, pelo assistente de acusação (no modelo antigo de procedimento do Júri a lei silenciava a respeito do assistente, mencionando apenas que as "partes" poderiam formular o pedido – antigo art. 424), pelo querelante (em caso de queixa subsidiária) ou pelo próprio acusado. Ainda, o próprio Juiz-Presidente, mediante representação, poderá suscitar o desaforamento, exceto na hipótese de atraso na inclusão do processo do réu para julgamento.

Tal incidente será julgado pela instância imediatamente superior (Tribunal de Justiça, se o Júri for estadual, ou Tribunal Regional Federal, se se tratar de Júri federal), tendo, inclusive, preferência de julgamento na Câmara ou Turma

competente, conforme preleciona o **§ 1.º do art. 427**.

Questão interessante tratada pela Lei 11.689/2008 foi a possibilidade de o desaforamento gerar a suspensão do julgamento pelo júri, conforme dispõe o **§ 2.º** do artigo em comento: "Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri". Até a reforma, o sobrestamento do julgamento não ocorria pelo pedido de desaforamento, que, por vezes, era julgado prejudicado no Tribunal em virtude da realização do Plenário. Doravante, será possível que a instância superior imprima verdadeiro "efeito suspensivo" ao processo, desde que relevantes os motivos alegados pelas partes ou aventados pelo próprio magistrado.

Assim, até que o pedido de desaforamento seja julgado, não poderá o réu ser submetido a julgamento em Plenário, o que poderá ser bastante salutar, mormente em se tratando de suspeita de parcialidade dos jurados.

Sempre que o desaforamento for pleiteado pelas partes ou assistente de acusação, deverá o juiz presidente ser ouvido, nos termos do **§ 3.º do art. 427**. Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado. Este é o teor do **§ 4.º**, do dispositivo em análise. Trata-se de regra impeditiva de solicitação de desaforamento. No primeiro caso, fica clara a impossibilidade de requerer o desaforamento, já que é primordial que o réu já haja sido pronunciado "definitivamente", vale dizer, após a preclusão da pronúncia. Porém, mesmo após o julgamento do réu, admitir-se-á o desaforamento se o julgamento for anulado e o fato gerador do pedido tiver ocorrido durante o próprio julgamento ou em momento ulterior.

Mais um detalhe trazido pela reforma do procedimento do Júri foi a hipótese de desaforamento por *excesso de serviço judiciário*. Não que a situação seja substancialmente nova. No antigo procedimento, permitia-se o desaforamento se o julgamento do réu, após a preclusão da pronúncia, não ocorresse no período de 1 (um) ano, a contar do recebimento do libelo acusatório (antigo parágrafo único do art. 424). Após a *vacatio legis* da Lei 11.689/2008, admitir-se-á pedido de desaforamento se o julgamento não for realizado no prazo de ***6 meses***, contados do trânsito em julgado (leia-se: preclusão) da decisão de pronúncia. Nesse sentido o **art. 428:** "O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do

trânsito em julgado da decisão de pronúncia".

Na específica hipótese de "excesso de prazo" para o julgamento do réu, não poderá o juiz presidente suscitar o desaforamento, segundo o nosso entendimento, já que é ele o responsável pela designação dos plenários e, portanto, pelo atraso da prestação jurisdicional.

Cuidou a lei de prever situações que não serão computadas para fins de reconhecimento do já referido "excesso de prazo":

a) tempo de adiamentos;

b) diligências; e

c) incidentes de interesse da defesa (**§ 1.º do art. 428**). Quanto a esta última hipótese, fica evidente que se a própria defesa criar embaraços ao julgamento, tumultuando o processo com pedidos de diligências e alegações diversas, não poderá requerer o desaforamento, já que o prazo de 6 meses ou mais de espera seria a ela atribuído. Assim não fosse, poderia o acusado valer-se do desaforamento por motivos estritamente pessoais, o que não pode ser admitido.

Finalmente, dispõe o **§ 2.º** do dispositivo ora analisado: "não havendo excesso de serviço ou existência de processos aguardando julgamento em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício, o acusado poderá requerer ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento".

Trata-se de ferramenta posta a serviço do acusado que se vê diante de indevido atraso para a solução da lide penal, não decorrente de excesso de serviço ou pautas assoberbadas do Judiciário. Entendemos que a lei previu verdadeiro *poder correicional* do Tribunal frente ao juiz presidente do Tribunal do Júri que, por desídia, não determinar o julgamento do réu. Cremos que o dispositivo em comento se assemelha a uma "representação" do magistrado à instância superior.

A medida em tela vem ao encontro do princípio constitucional da "celeridade processual", em clara demonstração que o Poder Judiciário não deve permitir que os processos se eternizem sem rápida solução. Afinal, "justiça tardia não é justiça".

Da decisão do desaforamento não há previsão de recurso, sendo aceita, tão somente, a impetração de ordem de *habeas corpus*. De acordo com a Súmula 712 do STF: "É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa".

12.5.1.4.4 Julgamento em plenário

O magistrado deve organizar sua pauta de julgamentos da sessão plenária observando o disposto no art. 429, que possui redação bastante semelhante ao antigo art. 431, ou seja, terão preferência no julgamento os acusados presos; dentre os presos, os que estiverem há mais tempo na prisão; e dos que estiverem em igualdade de condições, os que foram pronunciados antes.

Estando os autos em ordem e designada a sessão plenária, o juiz determinará a intimação das partes, da vítima (se estiver viva), das testemunhas e, se for o caso, dos peritos para comparecerem ao julgamento.

O assistente de acusação que pretenda participar da sessão plenária deverá requerer a sua habilitação com pelo menos cinco dias de antecedência da data do julgamento (antigamente o parágrafo único do art. 447 exigia apenas três dias). Foi bom este aumento de prazo, pois como o pedido de habilitação ainda precisa ser juntado aos autos, muitas vezes a defesa somente ficava sabendo da existência do assistente de acusação no dia do julgamento.

Deve ser afixada na sede do Tribunal do Júri a relação de todos os plenários designados para aquela reunião periódica; assim, se as reuniões do Júri forem mensais, todo mês deve ser afixada na porta do Tribunal a relação dos feitos que serão julgados, visando dar publicidade aos atos.

Estando o processo em ordem, o juiz presidente mandará intimar as partes, o ofendido, se for possível (pois pode estar morto ou incapacitado), as testemunhas e os peritos, quando houver requerimento, para a sessão de instrução e julgamento, observando, no que couber, as regras de intimação da decisão de pronúncia previstas no art. 420 do CPP.

A testemunha que resida fora da comarca onde será realizada a sessão de julgamento deve ser intimada por carta precatória, com a observação de que ela não estará obrigada a comparecer, pois pode representar um ônus excessivo. Não há como obrigar a testemunha que resida fora da comarca a comparecer no julgamento perante o Tribunal do Júri, mas as partes têm o direito de que ela seja informada do julgamento. A não expedição da carta precatória informando a data, o local e horário do julgamento pode configurar cerceamento de defesa ou acusação.

Após a organização da pauta (arts. 429 a 431), “o juiz presidente determinará a intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora designados, o sorteio dos

jurados que atuarão na reunião periódica". Este é o teor do novo **art. 432**.

O Tribunal do Júri não é considerado um órgão permanente, ou seja, somente se reunirá se estiverem previstos julgamentos de réus pronunciados. Assim, o período em que tiver que atuar é denominado de *reunião*, na qual poderão ser realizadas uma ou mais *sessões* (de julgamento).

A lei de organização judiciária de cada Estado da federação irá dispor acerca das reuniões periódicas do Tribunal do Júri. No caso do Estado de São Paulo, o Decreto-lei complementar 3/1996, conhecido como *Código Judiciário*, dispõe que, na Capital, os Tribunais do Júri funcionarão permanentemente, ao passo que nas comarcas de entrância inicial e intermediária (antigas primeira e segunda entrâncias), a instituição irá reunir-se quatro vezes ao ano, enquanto que nas finais (antigas terceiras entrâncias), haverá seis reuniões ao ano, nos meses pares, funcionando permanentemente quando houver Vara Privativa.

Assim, para cada reunião periódica, serão intimados o Ministério Público, a OAB e a Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora previamente designados, o sorteio dos jurados, dando, com isso, publicidade e lisura no sorteio daqueles que comporão, em cada sessão, o Conselho de Sentença.

Conforme o disposto no **art. 433**, "o sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária".

A Lei 11.689/2008 acabou com a esdrúxula previsão de um menor de 18 (dezoito) anos realizar o sorteio dos jurados, o que simbolizava a pureza e a honestidade do ato.

Inovou o legislador, ainda, ao prever que serão sorteados pelo juiz presidente do Tribunal do Júri um total de ***25 (vinte e cinco) jurados***, em substituição aos antigos 21 (vinte e um), nos termos do antigo art. 428. Com o simples acréscimo do número de jurados tenta-se evitar o denominado "estouro de urna", que se verifica em decorrência das recusas peremptórias das partes (até três jurados) e eventuais impedimentos arguidos no momento do sorteio para a composição do Conselho de Sentença.

O sorteio ocorrerá com antecedência mínima de 10 (dez) dias da instalação da reunião, podendo ser realizado em data ainda mais afastada, não superior a 15 (quinze) dias de aludido marco, nos termos do **§ 1.º do art. 433**.

Em caso de não comparecimento das partes, não será adiada a audiência de sorteio (**§ 2.º** do precitado artigo), na medida em que regularmente intimadas

para tanto.

No caso de um jurado não ter sido sorteado na audiência a que faz referência o art. 432, poderá ter o seu nome incluído novamente para as reuniões futuras (**§ 3.º do art. 433**).

A forma de convocação dos jurados para a reunião, de acordo com o **art. 434**, far-se-á pelo correio ou qualquer outro meio hábil (ex.: por oficial de justiça). O não comparecimento acarretará as sanções que mais à frente serão tratadas.

Por derradeiro, "serão afixados na porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento". É o que preconiza o **art. 435**.

Prestado o compromisso pelos jurados, nos termos do art. 472, após serem exortados, será iniciada a instrução plenária, quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação. Eis o disposto no **novo art. 473**.

Aludido dispositivo nos traz duas situações:

a) a **ordem na inquirição** das testemunhas de acusação e declarações do ofendido, que iniciará pelo juiz presidente, passando-se, a seguir, ao Ministério Público, ao assistente de acusação (desde que requeira sua habilitação com antecedência mínima de cinco dias, de acordo com o novo art. 430), ao querelante (em se tratando de ação penal privada subsidiária da pública) e, finalmente, ao defensor do acusado;

b) a **forma de inquirição**.

No tocante a esta última, prevê a lei expressamente que o juiz e as partes inquirirão as testemunhas e a vítima (se possível for) diretamente, vale dizer, sem que as suas perguntas sejam transmitidas pelo juiz presidente.

Não há novidades trazidas pela lei frente aos arts. 467 e 468 do antigo procedimento do Júri. Todavia, fez questão o legislador de inserir no texto legal que as perguntas serão feitas ***diretamente***. Com isso, adota-se no procedimento especial de que ora tratamos o sistema inglês denominado ***cross examination***, que se contrapõe ao presidencialista, amplamente adotado no Brasil.

Em outras palavras, caberá às partes (acusação e defesa) a elaboração de perguntas diretamente às testemunhas e ofendido, sem que antes passem pelo crivo do juiz presidente, muito embora este continue a fiscalizar o seu teor, indeferindo aquelas que se apresentarem impertinentes e/ou abusivas.

Já era esse o procedimento adotado pelo CPP. Questão que se pode colocar é a seguinte: se o juiz presidente desrespeitar a regra legal e proceder à inquirição das testemunhas e do ofendido, sem atentar ao sistema da *cross examination*, haverá nulidade? A resposta é negativa, já que nenhuma nulidade será decretada se não trouxer prejuízo à parte. Tratar-se-á de mera irregularidade, incapaz de viciar o processo.

O que quer a lei é a implantação de um procedimento mais dinâmico em Plenário, aproximando-se o máximo da oralidade. Todavia, o seu desatendimento não terá o condão de anular o processo, sob pena de nos apegarmos mais à forma do que ao objeto de discussão na lide penal.

No tocante à inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, não há, igualmente, novidades: o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo. Assim é o que está disposto no **§ 1.º do art. 473** em comento.

No caso de os jurados quererem formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, prevê o § 2.º do mesmo dispositivo legal que o farão por intermédio do juiz. Nesse ponto não há aplicação do *cross examination*, adotando-se o sistema presidencialista.

Ato seguinte, "as partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis" (**§ 3.º**).

Andou bem o legislador ao restringir a **leitura de peças** em plenário. Pelo modelo antigo, as peças do processo, cuja leitura tivesse sido requerida pelas partes ou por qualquer jurado, seriam lidas pelo escrivão, nos termos do antigo § 1.º do art. 466.

Atualmente, apenas poderão ser lidas as provas colhidas por carta precatória, as cautelares (ex.: produção antecipada de depoimento de testemunhas) e as não repetíveis (ex.: laudos periciais). Com isso, evita-se que a sessão de julgamento se arraste por horas e horas apenas para a leitura (por vezes inútil) de peças processuais.

Para que os jurados não fiquem literalmente "perdidos", determina o parágrafo único do novo art. 472 que lhes sejam entregues cópias da pronúncia, ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e

do relatório do processo. Tal providência será suficiente para inteirar os juízes leigos dos atos processuais e das principais decisões.

Prova o legislador, mais uma vez, sua preocupação com a celeridade processual.

Para encerrar a instrução em Plenário, "a seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção", nos termos do novel **art. 474, *caput***.

Pelo antigo modelo, somente ocorreria a sessão de julgamento se o crime praticado pelo réu fosse afiançável, nos termos do então art. 451, § 1.º ("se se tratar de crime afiançável, e o não comparecimento do réu ocorrer sem motivo legítimo, far-se-á o julgamento à sua revelia"). Atualmente, pode haver julgamento mesmo se o réu não comparecer, independentemente de ser a infração afiançável ou não, conforme os comentários feitos ao novo **art. 457, *caput***.

Porém, em caso de comparecimento do acusado à sessão, será ele interrogado apenas após a oitiva das testemunhas e as declarações do ofendido. Anteriormente à Lei 11.689/2008, interrogava-se o réu em primeiro lugar. Hoje, seguindo as inovações operadas nos procedimentos ordinário e sumário pela Lei 11.719/2008, e já existentes no sumaríssimo (Lei 9.099/1995), o interrogatório do réu acontece em último lugar, permitindo-lhe, com isso, o efetivo exercício da ampla defesa (no Júri, plenitude de defesa).

O que fez o legislador foi exaltar a defesa do réu, que falará após a oitiva de todas as testemunhas e ofendidos, em plena aplicação do garantismo de Ferrajoli, aplicado no âmbito processual penal.

No mesmo sistema utilizado para a inquirição de testemunhas e vítima, poderão o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, formular perguntas diretamente ao acusado (**§ 1.º do art. 474**). Adota-se, pois, o sistema inglês denominado *cross examination*. Todavia, os jurados não poderão fazê-lo diretamente ao réu, que terá as perguntas transmitidas por intermédio do juiz (**§ 2.º** do mesmo dispositivo legal). Neste caso, vigerá o *sistema presidencialista*.

A partir do momento em que o acusado ingressar no Plenário do Júri, e não apenas quando de seu interrogatório, ser-lhe-ão retiradas as algemas. Eis o **§ 3.º do art. 474**: "Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período

em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes".

Portanto, a regra atual é a do não uso das algemas, o que ousamos chamar de ***princípio da excepcionalidade do uso de algemas***. A *intentio legis* é clara: a posição ocupada pelo acusado no processo penal, sem sombra de dúvida, já lhe é desfavorável. O uso das algemas o torna ainda mais vulnerável, na medida em que os jurados veem o réu desde logo aprisionado. Aquela imagem (réu algemado) pode influenciar a decisão do juiz leigo, na medida em que votará de acordo com sua íntima convicção, formada não só por tudo o que ouvir em Plenário, mas, também, por tudo o quanto ver e sentir.

Para reforçar a inadmissibilidade do uso arbitrário de algemas, segue o teor da Súmula Vinculante 11 do STF: "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".

Não podemos deixar de nos reportar ao Dr. José Henrique Rodrigues Torres, Juiz da Vara do Júri da Comarca de Campinas/SP, que há muitos e muitos anos já adota a postura de determinar a retirada das algemas do réu em Plenário. Com tal atitude, garantiu aos réus que passaram por aquele Plenário uma condição mais digna, sem que houvesse, *prima facie*, violação à paridade de armas.

Finalmente, o **art. 475 e seu parágrafo único** determinam: "O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova. Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos".

Permite-se, portanto, para conferir à sessão de julgamento maior celeridade, que toda a prova oral colhida conste de meios ou recursos eletronicamente avançados, tais como gravação magnética e eletrônica, sem prejuízo da "boa e velha" estenotipia, bastante difundida.

Quando as declarações e os depoimentos forem colhidos pela forma não convencional (digitação no próprio termo pelo escrevente), deverão ser, após a degravação, inseridos nos autos.

Encerrada a instrução na sessão plenária de julgamento, será dada a palavra ao Ministério Público, que terá 1h30 para fazer a acusação, limitado aos termos da pronúncia. O tempo para os debates, portanto, foi reduzido de 2 horas para 1h30, mas o prazo para a réplica aumentou de 30 minutos para 1 hora. Portanto, o prazo permanece, em regra, o mesmo: 5 horas. Na acusação não se exige mais como ato inaugural a leitura do libelo acusatório, pois não existe mais esta peça processual.

Encerrada a fala do Ministério Público, a palavra será dada ao assistente de acusação, se houver. Após a fala da acusação, a palavra é concedida à defesa, pelo prazo de 1h30, podendo treplicar em até uma hora. Assim como já era previsto na lei anterior, nos debates as testemunhas poderão ser ouvidas novamente em plenário.

Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor para o mesmo réu, devem combinar entre si a divisão do tempo, sob pena de que o juiz o faça. No caso de existir mais de um réu, o prazo para os debates é aumentado de 1 hora para cada parte e aplicado em dobro para a réplica e tréplica, devendo acusação (se houver mais de um acusador) e defesa (se houver mais de um defensor) combinarem a distribuição do tempo.

Durante os debates, as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficie ou prejudique o acusado ou ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Embora as partes não possam fazer referência à decisão de pronúncia, os jurados recebem cópia desta, juntamente com o relatório do processo, nos termos do parágrafo único, do art. 472 do CPP.

A ideia do legislador foi muito boa, pois pretendeu evitar que a acusação diga em plenário que o juiz, concursado e conhecedor das leis, se convenceu da existência e materialidade do delito, tanto que o pronunciou. No entanto, pela redação do artigo, as partes estão proibidas de fazer qualquer referência à decisão de pronúncia, portanto, não poderiam nem mesmo dizer que o réu foi pronunciado ou esclarecer dúvidas dos jurados quanto à decisão de pronúncia, o que não nos parece acertado.

Outro ponto importante abordado pelo legislador é a proibição de fazer qualquer referência ao silêncio do réu na fase policial ou em juízo. Se esta garantia ao silêncio é assegurada constitucionalmente ao acusado, não há como

ser interpretada em seu desfavor. Na realidade, não haveria a necessidade de o legislador especificar que o silêncio não importa em prejuízo ao réu, pois o constituinte já é claro neste sentido, mas tal ressalva do legislador foi importante para deixar clara a vedação de qualquer argumento da acusação contra o acusado que optou pelo silêncio no inquérito ou em juízo.

Diferentemente da lei anterior, a atual determina que durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis (e não mais três dias corridos, como previa o antigo art. 475), dando-se ciência à outra parte. Destarte, a juntada precisa ser feita com três dias úteis de antecedência, embora a ciência à parte contrária possa ser realizada em menos tempo.

O parágrafo único do art. 479 especifica ainda que se compreende na proibição a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.

Apesar da proibição da leitura ou exibição de objeto, como já acontece na prática, se a parte contrária concordar com a exibição ou leitura, principalmente se a parte só conseguiu a peça faltando menos que três dias úteis para a sessão, não haverá qualquer nulidade no julgamento. Mas isto somente será possível com a concordância da parte contrária, em face da busca da verdade real e do princípio do contraditório e da ampla defesa.

As partes ou os jurados podem, a qualquer momento, por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos em que se encontra a peça por ele lida ou citada, para confirmarem o que está sendo dito. Os jurados também podem solicitar por intermédio do juiz presidente o esclarecimento de algum fato alegado pelo orador, atentando-se que nesta solicitação o jurado não pode externar sua posição ou influenciar os demais jurados, sob pena de nulidade do julgamento.

Encerrados os debates, o magistrado deve indagar aos jurados se necessitam de algum outro esclarecimento ou se já estão aptos para o julgamento. Se solicitarem algum novo esclarecimento, o magistrado o dará, inclusive com acesso aos autos e aos instrumentos do crime, se assim necessitarem.

Havendo necessidade de alguma diligência, o juiz presidente deve realizá-la de imediato. Mas se for impossível a realização da diligência essencial para o julgamento da causa, não restará ao magistrado outra solução, senão dissolver o

Conselho de Sentença, realizar a diligência considerada imprescindível e marcar outra data para o julgamento, com outros jurados.

Se a diligência necessitar de prova pericial, o juiz presidente deve, de imediato, nomear perito e formular os quesitos, facultando às partes a indicação de assistente técnico e a apresentação de quesitos em até cinco dias.

Encerrados os debates, e se os jurados já se sentirem habilitados a julgar o acusado, passar-se-á à fase de elaboração dos quesitos.

Com efeito, reza o novo **art. 482**: "O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes".

Pretendeu a Lei 11.689/2008 tornar o sistema de "quesitação" menos formalista do que o previsto no modelo anterior. Não era incomum que os jurados, ao votarem os quesitos, sequer entendessem a sua redação, muito embora já se exigisse que o juiz presidente esclarecesse as dúvidas dos juízes leigos.

De qualquer sorte, tencionando a racionalização da formulação dos quesitos, cuidou o legislador de tornar mais simples a elaboração das questões dirigidas aos jurados, muito embora persista a tônica da legislação anterior: permitir às partes identificar a linha de raciocínio dos jurados, diversamente do que ocorre no sistema inglês, no qual o réu é declarado culpado ou inocente (*guilty or not guilty*).

Destarte, caberá ao juiz presidente, com base nos termos da pronúncia ou de decisões ulteriores que hajam admitido a acusação, no interrogatório do réu e alegações das partes (realizadas no curso dos debates orais), formular as proposições, que deverão ser ***afirmativas, simples*** e ***distintas***, a fim de que os seus destinatários (os jurados) possam respondê-los com ***clareza*** e ***precisão***.

Ora, prevendo a lei a forma de elaboração dos quesitos, a responsabilidade do juiz presidente aumenta, já que a ele cabe a formalização das indagações, sob pena de nulidade, a qual, frise-se, deverá ser arguida no instante seguinte ao da confecção das proposições (vide **art. 484**).

Estabelece o **art. 483** a ordem de formulação dos quesitos, a saber:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Pelo sistema antigo, em um só quesito costumava-se indagar acerca da materialidade de autoria. A seguir, quesitava-se a intenção do agente (elemento subjetivo da conduta) e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o resultado. Ato seguinte, as teses defensivas eram objeto de quesitação, seguidas das teses acusatórias, encerrando-se com as atenuantes e agravantes e causas de diminuição e aumento de pena.

Embora o quesito continue sendo "o jurado absolve o acusado?", tal indagação será decorrência lógica de cada tese deduzida em prol do réu. Ainda assim, a intenção da lei permanece íntegra, na medida em que a confecção do quesito continua simples, sem que sejam necessários os confusos desdobramentos realizados pelo modelo antigo, tais como os requisitos exigidos para a configuração da legítima defesa (agressão injusta, atual ou iminente, direito próprio ou de terceiro, moderação no uso dos meios necessários), que ocasionava a formulação de diversos quesitos acerca da mesma tese.

Ainda no tocante às respostas aos quesitos, muito interessante o teor dos **§§ 1.º e 2.º do art. 483**, respectivamente: "A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado" e "Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?".

De ver-se que a Lei 11.689/2008, querendo atender ao sigilo das votações, previsto no art. 5.º, XXXVIII, "b", da Constituição Federal, determina que se forem apuradas respostas positivas ou negativas aos quesitos atinentes à materialidade e autoria emitidas por mais de 3 (três) jurados, encerra-se a votação. Com isso, em caso de votação unânime, não se revelará ao réu se, de fato, todos os 7 (sete) jurados assim decidiram, preservando-se, pois, o sigilo das votações, rompido, à evidência, quando a votação era 7x0 (sete a zero) contrariamente ao réu.

Se pelo menos 4 (quatro) jurados votarem favoravelmente aos 2 (dois) primeiros quesitos e rejeitarem o terceiro (absolvição do acusado), deverá o acusado ser condenado. No entanto, mais 2 (dois) quesitos serão formulados, na ordem seguinte: a) existência de causa de diminuição de pena alegada pela defesa; b) existência de circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. Assim é o que prevê o **§ 3.º do art. 483**.

Igual procedimento ocorrerá se "sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri". Nesse caso, conforme giza o **§ 5.º do art. 483**, "o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito".

Finalmente, havendo dois ou mais acusados, julgados na mesma sessão, bem como se se verificar concurso de crimes (material, formal ou continuado), *serão formuladas séries distintas de quesitos*, conforme trata o **§ 5.º** do mesmo dispositivo legal.

Em outras palavras, para cada acusado será formulado um conjunto de quesitos, o mesmo ocorrendo se mais de um crime houver sido praticado. Os jurados decidirão o destino de cada réu, bem como acerca do cometimento, ou não, de cada infração penal que tenha sido atribuída ao(s) agente(s).

Encerrada a elaboração dos quesitos, determina o **art. 484** que o juiz presidente os leia e indague das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar em ata.

Assim, a leitura dos quesitos ocorrerá ainda em Plenário, muito embora já se admitisse que se o fizesse na sala secreta, já que nenhum prejuízo existiria às partes. Ato seguinte à leitura, se dúvidas ou reclamações existirem acerca da elaboração dos quesitos (ex.: redação, ordem, omissão na formulação sobre teses acusatórias ou defensivas), deverão ser deduzidas em seguida, sob pena de preclusão (salvo se o erro provocar nulidade absoluta, que pode ser arguida a qualquer tempo).

Após a leitura, e não havendo dúvidas ou reclamações pelas partes, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito (**parágrafo único do art. 484**).

Finda esta etapa, "não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado,

o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação" (**art. 485**).

Tratava-se da denominada *sala secreta*, atualmente chamada de ***sala especial***, local em que os jurados ficarão apenas na presença do juiz presidente, do escrivão, do oficial de justiça, do órgão acusatório (Ministério Público ou querelante) e do defensor do acusado, o que será propício para que votem com isenção. Todavia, se no fórum em que haja sido realizada a sessão de julgamento não existir acomodação semelhante, deve o juiz togado determinar a saída das pessoas do recinto em que se realizou a audiência, limitando a presença das pessoas enunciadas pela lei, a fim de que não se sintam intimidados os juízes leigos (**§ 1.º do art. 485**).

Respondidos os quesitos, recolhidos em recipientes distintos, o juiz prolatará sentença, observando as respostas dadas pelos jurados. Afinal, no procedimento do Júri, adota-se a soberania dos veredictos, prevista constitucionalmente (art. 5.º, XXXVIII). Ao término da votação dos quesitos pelos jurados, o juiz presidente proferirá a sentença de acordo com as respostas dos jurados aos quesitos.

Em caso de condenação, cabe ao juiz presidente fixar a pena-base (1.ª fase de aplicação da pena, nos termos do art. 59 do CP), depois verificar as circunstâncias agravantes e atenuantes alegadas nos debates (2.ª fase do sistema trifásico de aplicação da pena, conforme os arts. 61, 62 e 65 do CP) e por fim as causas de aumento e diminuição de pena (3.ª fase da fixação da pena). Deverá ainda fixar o regime de cumprimento da pena, bem como analisar eventuais substituições da pena e decidir quanto à manutenção da prisão ou à sua decretação, caso estejam presentes os requisitos da prisão preventiva, descritos nos arts. 312 e 313 do CPP. Por fim, o juiz presidente deverá estabelecer os efeitos genéricos e específicos da condenação, nos termos dos art. 91 e 92 do Código Penal.

Se a decisão dos jurados for pela absolvição, o juiz presidente, ao proferir a sentença absolutória, deverá colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso, revogar as medidas restritivas eventualmente decretadas e, se for o caso, impor medida de segurança, se verificado o estado de inimputabilidade do réu (art. 26 do CP). No caso de absolvição para aplicação de medida de segurança, a sentença é classificada como sentença absolutória imprópria.

No caso de desclassificação, por exemplo, de tentativa de homicídio para

lesões corporais, cabe ao juiz presidente julgar o delito de lesões corporais. Deve o magistrado, ainda, atentar para o cabimento ou não de eventuais benefícios da lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995). O mesmo procedimento deverá ser adotado, em caso de desclassificação, com o crime conexo que não seja doloso contra a vida: será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, a Lei 9.099/1995.

Finda a sentença pelo juiz presidente, ela será lida em plenário e em seguida serão encerrados os trabalhos.

De cada sessão de julgamento o escrivão lavrará ata, assinada pelo presidente e pelas partes, conforme prescreve o **art. 494**.

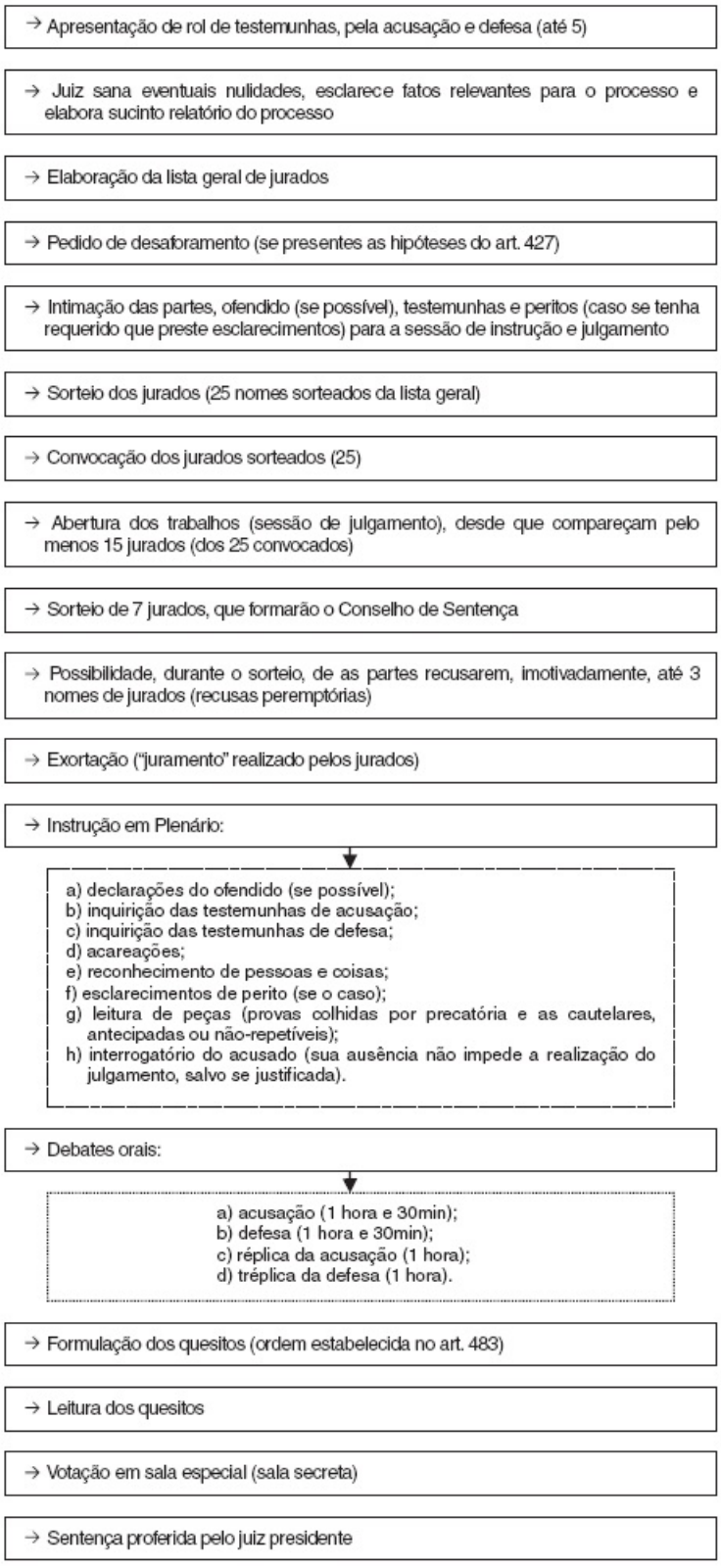
Questão interessante inserida pela Lei 11.689/2008 ao art. 497 do CPP, que trata das atribuições do juiz presidente do tribunal do júri, foi a regulamentação dos apartes. Até então, cabendo ao juiz presidente regular os debates (inciso III do artigo em comento), via-se ele diante de intervenções da defesa técnica no decorrer dos debates da parte acusatória, e vice-versa. Entendia-se, portanto, que o exercício do direito à palavra durante o "discurso" da outra exigia requerimento e necessária concessão, vale dizer, anuência de quem se valia da palavra.

Pela regra atual, poderá o defensor ou o Ministério Público (ou querelante, em se tratando de ação penal privada subsidiária da pública) requerer ao juiz presidente a intervenção durante a fala da parte contrária, que poderá (veja, *poderá*, e não *deverá*) conceder o prazo máximo de 3 (três) minutos. Trata-se de discricionariedade do magistrado em conceder o aparte, muito embora não vejamos, *prima facie*, motivo para o seu indeferimento, que poderá ser oportuno no caso de abuso deste direito (ex.: requerimento constante para realização de apartes, atrapalhando o bom andamento da sessão e os debates da parte *ex adversa*).

Concedido pelo juiz presidente o aparte, o tempo despendido pela parte interveniente resultará em acréscimo de igual prazo à outra, a fim de que não seja prejudicada. Com isso, garante-se a isonomia no tratamento dos sujeitos parciais, sem prejuízo de realização de intervenções que se façam proveitosas para o deslinde do julgamento.

Para melhor compreensão dos principais atos processuais realizados na 2.ª fase do procedimento especial do Júri, trazemos o resumo esquemático a seguir:

Crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, e seus conexos



12.5.2 Procedimento nos crimes funcionais (arts. 513 a 518 do CPP)

Inicialmente deve-se atentar para a competência dos Juizados Especiais Criminais que, com as Leis 10.259/2001 e 11.313/2006, passou a alcançar as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não exceda dois anos, cumulados ou não com a pena de multa, inclusive aqueles com previsão de procedimento especial. Assim, alguns crimes praticados por funcionários públicos são de competência do Juizado Especial Criminal e seu processamento se dará pelo rito sumaríssimo. A título de exemplo, apontamos os arts. 312, § 2.º, 313-B, 315 e 319 do CP. Somente se, por algum motivo, não for possível que o feito siga perante o JECrim (ex.: citação por edital ou complexidade da causa), o procedimento previsto no Código de Processo Penal deverá ser seguido.

Feitas as considerações sobre a competência do Juizado Especial Criminal, temos que o art. 513 e seguintes do CPP tratam do rito especial para o processo e julgamento dos crimes cometidos pelos funcionários públicos contra a Administração em geral (a denominação "crimes de responsabilidade" foi erroneamente empregada pelo Código de Processo Penal, pois estes se referem a infrações de caráter político-administrativo).

A única diferença em relação ao procedimento ordinário está na possibilidade de o funcionário público apresentar uma **defesa preliminar** (ou resposta preliminar) antes do recebimento da denúncia ou queixa (na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública) pelo juiz. Quanto à necessidade da aludida defesa, a Súmula 330 do STJ prescreve: "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial".

Após o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz determinará a sua autuação (sem recebê-la) e a notificação do acusado para que este apresente a defesa preliminar por escrito e no prazo de 15 dias.

É importante frisar que o procedimento só é aplicável aos crimes funcionais (arts. 312 a 326 do CP) que sejam afiançáveis (atualmente, a fiança cabe em todos os crimes, exceto para os réus nas condições dos arts. 324 e 325 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011). Não sendo possível o arbitramento de fiança, o procedimento a ser observado é o ordinário, sem a possibilidade de apresentação de defesa preliminar.

Decidindo pelo recebimento da denúncia ou queixa o acusado será citado e o rito a ser seguido será o ordinário.

É importante lembrar que a condenação acarretará, de acordo com o art. 92, I, *a* e *b*, do CP, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando

aplicada uma pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; ou quando for aplicada uma pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos. Tal efeito da condenação não é automático devendo ser motivadamente declarado na sentença pelo juiz.

Finalmente, consigna-se que se o agente delitivo, funcionário público, deixar a função, não mais será aplicado o procedimento especial ora tratado, de acordo com entendimento já esposado pelo TJSP (Ap. Crim. 278.696-3, Ribeirão Preto, 3.ª C., rel. Segurado Braz, 30.03.1999, *JUBI* 34/99).

12.5.3 Procedimento nos crimes contra a honra (arts. 519 a 523 do CPP)

Apesar de o Código de Processo Penal mencionar apenas a calúnia e a injúria, o procedimento previsto nos arts. 519 a 523 aplica-se também à difamação.

Com a ampliação da competência dos Juizados Especiais Criminais – que passaram a processar e julgar as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa, incluídos aqueles para os quais está previsto rito especial – os crimes contra a honra passaram, em sua grande maioria, a se submeter ao procedimento sumaríssimo.

Apenas na hipótese em que incidir alguma causa de aumento que eleve a pena acima do limite permitido pelas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001 (cujos conceitos de infrações de menor potencial ofensivo foram unificados pela Lei 11.313/2006) é que o procedimento do Código de Processo Penal será aplicado.

De acordo com o art. 520 do CPP, antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo. Se depois de ouvir o querelante e o querelado, o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença. No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada.

Se a reconciliação não for possível, o juiz receberá a queixa prosseguindo de acordo com o rito ordinário (arts. 394 a 405 do CPP).

A especialidade do rito reside na possibilidade do réu apresentar, no prazo da defesa prévia, a ***exceção da verdade***, ou seja, será aberta a possibilidade de

provar a veracidade dos fatos tidos por caluniosos ou difamantes. Apresentada a exceção, o querelante poderá contestar a exceção no prazo de dois dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras, ou para completar o máximo legal.

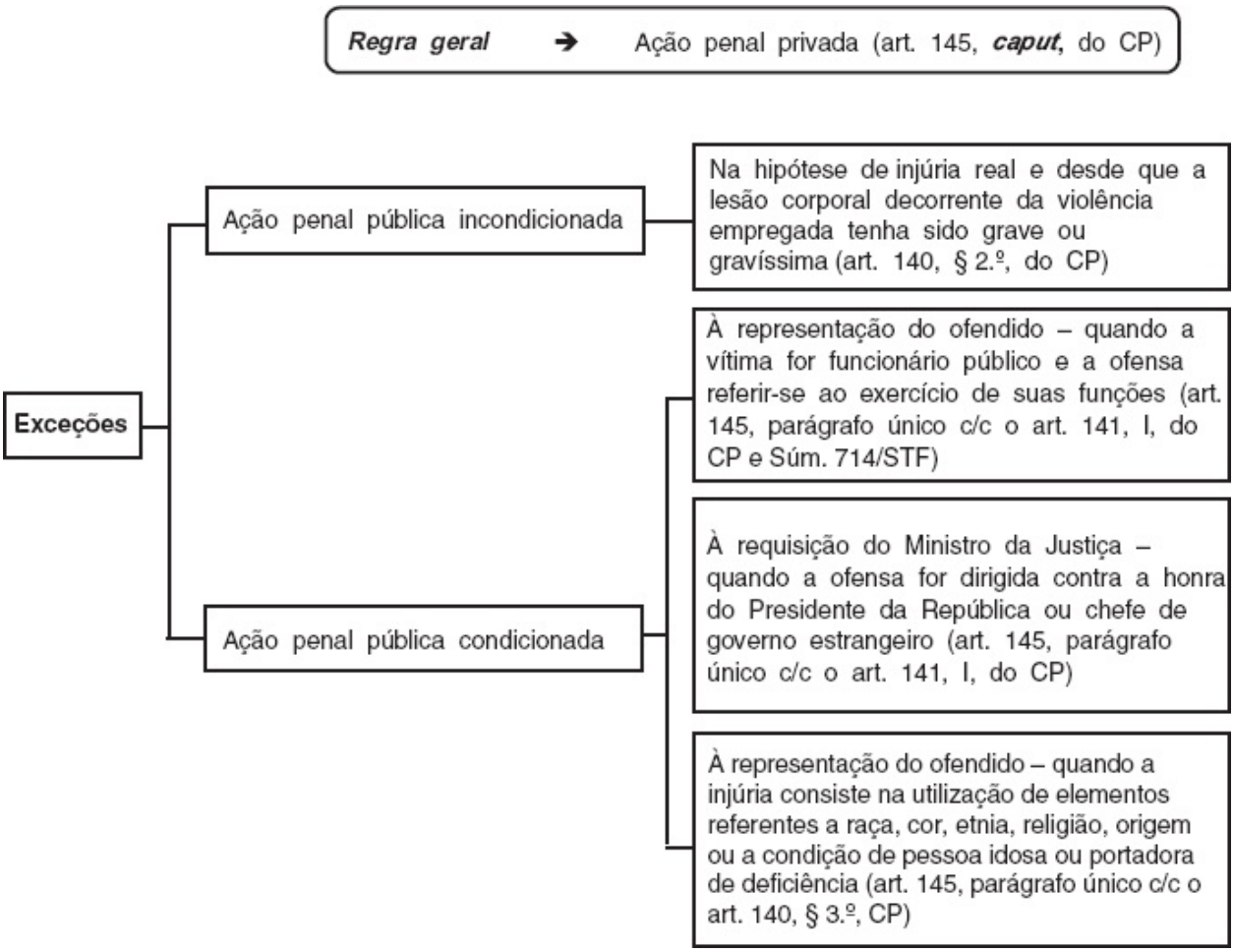
É importante destacar que a exceção da verdade não é admitida em todos os crimes contra a honra. Assim, observe o seguinte quadro:

Crime	Regra	Exceções à regra
Calúnia	Admite	Não se admite a exceção da verdade: - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; - se o fato é imputado ao Presidente da República ou a chefe de governo estrangeiro (art. 140, I, do CP); - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.
Difamação	Não admite	A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções (art. 139, parágrafo único, do CP).
Injúria	Nunca admite	

Superada a fase da exceção da verdade, quando cabível, o processo seguirá o rito ordinário.

No que se refere à ação penal nos crimes contra a honra cometidos contra funcionário público, é importante ressaltar o teor da Súmula 714 do STF: "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".

Nos crimes contra a honra, a ação penal observa a seguinte disciplina:



12.5.4 Procedimento nos crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530-H do CPP)

Para os crimes contra a propriedade imaterial (art. 184 do CP e arts. 183 a 195 da Lei 9.297/1996) também se faz necessário atentar para a competência dos Juizados Especiais Criminais que, como já vimos, alcança as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não exceda dois anos, cumulada ou não com multa, inclusive aqueles com previsão de procedimento especial.

O procedimento a ser adotado nos crimes contra a propriedade imaterial varia de acordo com o tipo de ação penal prevista. Assim, os arts. 524 a 530 do CPP são aplicáveis somente aos crimes de ação penal privada.

Nos crimes em que caiba ação penal pública incondicionada ou condicionada, o procedimento observará as normas constantes dos arts. 530-B a 530-H (todos eles incluídos pela Lei 10.695/2003).

De acordo com o art. 525, aplicável aos crimes de ação penal privada, no caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito. Sem a prova do direito à ação, não será recebida a queixa nem ordenada qualquer diligência preliminarmente requerida pelo ofendido (art. 526).

Na hipótese em que for necessária a realização de busca e apreensão, a diligência será realizada por dois peritos nomeados pelo juiz, que verificarão a existência de fundamento para a apreensão. Mesmo que a diligência não seja realizada o laudo pericial será apresentado dentro de três dias após o encerramento do ato. Nesse caso o requerente da diligência poderá impugnar o laudo contrário à apreensão, e o juiz ordenará que esta se efetue, se reconhecer a improcedência das razões aduzidas pelos peritos.

Encerradas as diligências, os autos serão conclusos ao juiz para homologação do laudo.

O art. 529 do CPP adverte que nos crimes de ação privativa do ofendido, não será admitida queixa com fundamento em apreensão e em perícia, se decorrido o prazo de 30 dias, após a homologação do laudo. Se ocorrer prisão em flagrante e o réu não for posto em liberdade, o prazo limite para o oferecimento da queixa será de oito dias.

Em relação aos crimes de ação penal pública condicionada ou incondicionada (previstos nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 184 do CP), a autoridade policial procederá à apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, em sua totalidade, juntamente com os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a sua existência, desde que estes se destinem precipuamente à prática do ilícito.

Essa apreensão também exige a lavratura de termo, que deverá ser assinado por duas ou mais testemunhas, com a descrição de todos os bens apreendidos e informações sobre suas origens, o qual deverá integrar o inquérito policial ou o processo. Posteriormente será realizada, por perito oficial, ou, na falta deste, por pessoa tecnicamente habilitada, perícia sobre todos os bens apreendidos e elaborado o laudo que deverá integrar o inquérito policial ou o processo.

O art. 530-E estabelece que os titulares de direito de autor e os que lhe são conexos serão os fiéis depositários de todos os bens apreendidos, devendo colocá-los à disposição do juiz quando do ajuizamento da ação.

Ressalvada a possibilidade de se preservar o corpo de delito, o juiz poderá

determinar, a requerimento da vítima, a destruição da produção ou reprodução apreendida quando não houver impugnação quanto à sua ilicitude ou quando a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito.

Vale destacar, por fim, que o art. 530-G do CPP estabelece que o juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos e o perdimento dos equipamentos apreendidos, desde que precipuamente destinados à produção e reprodução dos bens. A perda ocorrerá em favor da Fazenda Nacional, que deverá destruí-los ou doá-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social, bem como incorporá-los, por economia ou interesse público, ao patrimônio da União, que não poderão retorná-los aos canais de comércio.

12.5.5 Procedimento nos crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, com *vacatio legis* de 45 dias, revogou expressamente as Leis 6.368/76 e 10.409/02 (art. 75), que tratavam dos crimes de tóxicos.

Assim, quanto ao novel procedimento, é importante ressaltar que o crime de porte de droga para consumo pessoal (art. 28), por não ter pena privativa de liberdade abstratamente cominada, seguirá o disposto no art. 60 e seguintes da Lei 9.099/1995 (JECrim), vale dizer, o procedimento sumaríssimo. Será cabível, portanto, a aplicação dos institutos da transação penal (sobre o assunto, ver o Capítulo 16) e suspensão condicional do processo (ver com maiores detalhes no Capítulo 13). Porém, caso não sejam cabíveis os referidos institutos despenalizadores, por ausência dos requisitos exigidos em lei, somente então terá início o procedimento célere dos Juizados Especiais Criminais. Também esse será o procedimento a ser adotado em relação ao crime previsto no art. 38 da lei em comento (crime culposo cuja pena máxima cominada é de dois anos).

Já no tocante aos crimes definidos no Capítulo II, do Título IV, da Lei de Drogas (arts. 33, exceto o § 3.º, a 37), o procedimento a ser observado é aquele previsto pelos arts. 48 e seguintes.

O procedimento previsto pela Lei 11.343/2006 é o seguinte:

1) Recebidos os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças

de informação, o Ministério Público terá o prazo de **10 dias** (esteja preso ou solto o indiciado) para adotar uma dentre as seguintes providências: a) requerer o arquivamento; b) requisitar diligências que entender necessárias; c) oferecer denúncia, arrolando até cinco testemunhas ou deixar justificadamente de propor a ação penal contra os agentes ou partícipes do delito.

2) Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado (termo impróprio, uma vez que não existe ainda ação penal) para responder a acusação por escrito (é a denominada defesa preliminar, embora o art. 55, *caput*, traga o termo *defesa prévia*) no prazo de **10 dias**, podendo, inclusive, na mesma oportunidade, opor exceções, arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, bem como oferecer documentos e justificações (o que quis o legislador dizer com justificações, ainda não sabemos!), sendo o momento oportuno para arrolar testemunhas (até o número de cinco). Caso a defesa preliminar deixe de ser apresentada, o juiz deverá nomear defensor dativo para que o faça em **10 dias**.
3) Oferecida a defesa, não havendo previsão expressa para manifestação do Ministério Público, o juiz decidirá em **5 dias**. Todavia, se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias (trata-se, aqui, de verdadeira antecipação da prova, com vistas a eventual rejeição da peça acusatória).
4) Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento (**30 dias** após referido recebimento, salvo se determinada a avaliação para atestar eventual dependência de drogas do acusado, quando a audiência poderá ocorrer em **90 dias**), ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso (o que será de difícil verificação, porque os crimes previstos na lei de drogas, por evidente, não têm sujeito passivo determinado, tratando-se de crimes vagos, que ofendem, em regra, a saúde pública) e requisitará os laudos periciais. A audiência obedecerá a seguinte ordem procedimental:
    1. interrogatório;
    2. inquirição das testemunhas de acusação;
    3. inquirição das testemunhas de defesa;
    4. debates orais (por **20 minutos**, prorrogáveis por mais 10, sucessivamente para acusação e defesa) e, finalmente;
    5. sentença (imediatamente ou no prazo de **10 dias**).

Se o réu for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, poderá apelar sem recolher-se à prisão (art. 59). Trata-se, por evidente, de prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Logo, entendemos que somente poderá ser decretada se houver *necessidade (fumus boni iuris* e *periculum libertatis*). Sobre o tema, ver o Capítulo 9 – Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória.

12.6 QUESTÕES

1. (OAB/SP 136.º) Assinale a opção correta acerca do tribunal do júri.

a) Em se tratando de nulidades do júri, o CPP determina que sejam elas suscitadas logo após a réplica.

b) O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri não é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

c) A soberania dos veredictos não é assegurada, pela CF, à instituição do júri.

d) Se a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando os jurados decidirem arbitrariamente, dissociando-se de toda e qualquer evidência probatória, caberá apelação.

2. OAB 2010.2 – FVG) João da Silva foi denunciado por homicídio qualificado por motivo fútil. Nos debates orais ocorridos na primeira fase do procedimento de júri, a Defesa alegou que João agira em estrito cumprimento de dever legal, postulando sua absolvição sumária. Ao proferir sua decisão, o juiz rejeitou a tese de estrito cumprimento de dever legal e o pedido de absolvição sumária, e pronunciou João por homicídio simples, afastando a qualificadora contida na denúncia. A decisão de pronúncia foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, operando-se a preclusão. Considerando tal narrativa, assinale a afirmativa correta.

a) Nos debates orais perante os jurados, o promotor de justiça não poderá sustentar a qualificadora de motivo fútil, mas a defesa poderá alegar a tese de estrito cumprimento de dever legal.

b) Nos debates orais perante os jurados, o promotor de justiça poderá sustentar a qualificadora de motivo fútil e a defesa poderá alegar a tese de estrito cumprimento de dever legal.

c) Nos debates orais perante os jurados, o promotor de justiça não poderá sustentar a qualificadora de motivo fútil e a defesa não poderá alegar a tese de estrito cumprimento de dever legal.

d) Nos debates orais perante os jurados, o promotor de justiça poderá sustentar a qualificadora de motivo fútil, mas a defesa não poderá alegar a tese de estrito cumprimento de dever legal.

3. (XI Exame de Ordem Unificado – FGV) Quanto ao julgamento pelo Tribunal do Júri, assinale a afirmativa incorreta.

a) As partes não poderão fazer referência, em plenário, à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.

b) Durante o julgamento, não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

c) Durante os debates em Plenário, os jurados poderão solicitar ao orador, por intermédio do juiz-presidente do Tribunal do Júri, que esclareça algum fato por ele alegado em sua tese.

d) Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz-presidente determinará que o Conselho de Sentença se recolha à sala secreta, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias.

4. (OAB/MG Abril/2008) Para os crimes falimentares previstos na Lei n. 11.101/2005, será

adotado o procedimento:

a) Comum ordinário.

b) Sumaríssimo.

c) Especial.

d) Comum sumário.

5. (OAB/Nacional 2009.I) Acerca dos crimes contra a honra, assinale a opção correta.

a) Caracterizado o crime contra a honra de servidor público, em razão do exercício de suas funções, a ação penal será pública incondicionada.

b) O CP prevê, para os crimes de calúnia, de difamação e de injúria, o instituto da exceção da verdade, que consiste na possibilidade de o acusado comprovar a veracidade de suas alegações, para a exclusão do elemento objetivo do tipo.

c) Não constituem injúria ou difamação punível a ofensa não excessiva praticada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu advogado e a opinião da crítica literária sem intenção de injuriar ou difamar.

d) Em regra, a persecução criminal nos crimes contra a honra processa-se mediante ação pública condicionada à representação da pessoa ofendida.

6. (OAB/Nacional 2009.I) A respeito do questionário utilizado no tribunal do júri, assinale a opção correta.

a) Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já apresentadas, o juiz-presidente deverá, de imediato, declarar a nulidade da sessão de julgamento, designando outra para o primeiro dia desimpedido.

b) Se, pela resposta apresentada a um dos quesitos, o juiz-presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.

c) O juiz-presidente não deve formular quesitos sobre causas de diminuição de pena alegadas pela defesa, visto tratar-se de matéria atinente à fixação da pena, que incumbe ao juiz-presidente, e não, aos jurados.

d) Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos devem ser formulados em série única, dividida em capítulos conforme o crime ou o acusado.

7. (OAB/Nacional 2008.III) Com relação à legislação referente ao combate às drogas, assinale a opção correta.

a) O agente que, para consumo pessoal, semeia plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância capaz de causar dependência psíquica pode ser submetido à medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

b) O agente que tiver em depósito, para consumo pessoal, drogas sem autorização poderá ser submetido à pena de reclusão.

c) O agente que transportar, para consumo pessoal, drogas em desacordo com determinação legal poderá ser submetido à pena de detenção.

d) O agente que entregar a consumo drogas, ainda que gratuitamente, em desacordo com determinação legal, pode ser submetido à pena de advertência sobre os efeitos das drogas.

8. (OAB/Nacional 2008.III) Assinale a opção correta acerca dos crimes contra a honra.

a) Tratando-se do delito de injúria, admite-se a exceção da verdade caso o ofendido seja

funcionário público, e a ofensa, relativa ao exercício de suas funções.

b) Caso o querelado, antes da sentença, se retrate cabalmente da calúnia ou da difamação, sua pena será diminuída.

c) Caracterizado o delito de injúria, o juiz pode deixar de aplicar a pena, no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

d) O pedido de explicações em juízo é cabível nos delitos de calúnia e difamação, mas não se aplica ao de injúria.

9. (OAB/Nacional 2008.II) Acerca dos crimes contra a honra, assinale a opção correta.

a) O agente que atribui a alguém a autoria de um estupro, ciente da falsidade da imputação, comete o crime de calúnia.

b) O agente que imputa a alguém a conduta de mulherengo, no intuito de ofender sua reputação, comete o crime de injúria.

c) O agente que designa alguém como ladrão, no intuito de ofender sua dignidade, comete o crime de difamação.

d) O agente que preconceituosamente se refere a alguém como velho surdo, ciente da idade e deficiência da pessoa, comete uma das modalidades do crime de racismo.

10. (VIII Exame de Ordem Unificado – FGV) Pedro foi denunciado pela prática de homicídio triplamente qualificado. Como se trata de um crime doloso contra a vida, será julgado pelo Tribunal do Júri. O processo seguiu seu curso normal, tendo Pedro sido pronunciado. Acerca da 2.ª fase do procedimento, assinale a afirmativa que não corresponde à realidade.

a) Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

b) À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz-presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

c) Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz-presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

d) Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte, salvo jornais ou revistas.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1] Art. 41. 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.

[2] Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa (...).



SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

13.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A doutrina tem conceituado a suspensão condicional do processo como a paralisação condicional e temporária do processo, com a declaração da extinção da punibilidade se cumpridas todas as condições fixadas durante o período de prova.

A suspensão condicional do processo, também denominada pela doutrina de ***sursis processual***, leva a uma atenuação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública. É uma espécie de transação processual em que, de um lado, o titular da ação penal abre mão do prosseguimento do processo e da busca de uma condenação e, de outro, o acusado submete-se, por determinado período, ao cumprimento de certas condições sem que seja discutida a sua responsabilidade penal. Depois de decorrido o prazo estipulado sem que tal "benefício" tenha sido revogado, será decretada a extinção da punibilidade.

Apesar de a suspensão condicional do processo ter sido introduzida pela Lei 9.099/1995, a sua aplicação se estende a **todo tipo de infração penal**, independentemente da natureza da pena (reclusão, detenção ou prisão simples), aos crimes de competência da Justiça Federal, Militar ou Eleitoral e aos crimes de competência originária dos tribunais. Assim, por ter sido referido benefício instituído pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, com competência para julgar as infrações de menor potencial ofensivo, porém aplicável, como dito

anteriormente, a qualquer infração penal cuja pena mínima não seja superior a 1 ano, diz-se que o art. 89 da Lei 9.099/1995, é norma *heterotópica*. Em outras palavras: inserido em diploma legal com tratamento específico, o *sursis processual* também é aplicável fora dos casos nele tratados (infrações de menor potencial ofensivo).

O instituto da suspensão condicional do processo não afronta os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, pois o réu não é considerado culpado ou inocente, não cumprindo qualquer pena, mas somente as condições aceitas por ele próprio. A questão acerca da responsabilidade penal não chega sequer a ser discutida. Além disso, não é imposta nenhuma pena, mas sim condições que o condenado deverá cumprir, sendo que, depois de declarada extinta a punibilidade, nada constará na folha de antecedentes do acusado.

Pode-se afirmar que a suspensão condicional do processo é um ato de postulação, haja vista que caberá ao juiz decidir sobre a sua concessão. Contudo, trata-se de um poder-dever do magistrado, pois estando presentes os requisitos, o processo deverá ser suspenso (trata-se de direito subjetivo do acusado). Caso o representante do Ministério Público deixe de oferecer a proposta de suspensão, o juiz não poderá fazê-lo agindo de ofício. Apesar de existir entendimento diverso na doutrina, o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão por meio da **Súmula 696**, com o seguinte teor: “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 CPP”.

É importante ressaltar, também, que a suspensão condicional do processo rege-se pelo **princípio da autonomia da vontade**, ou seja, sem a aceitação do réu não se suspende o processo, sendo, assim, necessária a manifestação do acusado e de seu defensor.

A suspensão condicional do processo não pode ser confundida com a suspensão condicional da pena, pois, nesta, como o próprio nome diz, é a pena que é suspensa e não o processo.

Também não deverá haver confusão com o instituto da transação penal (aplicável somente aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais). De acordo com o art. 89 da Lei 9.099/1995, a suspensão condicional do processo deverá ser aplicada aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano (esse limite não foi alterado pela Lei 10.259/2001 e 11.313/2006). A transação penal, por sua vez, deverá ser aplicada aos crimes

cuja pena máxima não seja superior a dois anos (art. 61, *caput*, da Lei 9.099/1995 com o limite alterado pela Lei 11.313/2006). Assim, temos:

Suspensão condicional do processo	Crimes ou contravenções penais em que a **pena mínima** cominada seja **igual ou inferior a um ano**
Transação penal	Crimes ou contravenções penais em que a **pena máxima** cominada **não seja superior a dois anos**

13.2 CABIMENTO

A suspensão condicional do processo, criada pela Lei 9.099/1995, aplica-se, conforme já mencionado, a **todas as infrações penais cuja pena mínima, em abstrato, não seja superior a um ano**.É importante ressaltar novamente que esse requisito não foi alterado pela Lei 10.259/2001 – Juizado Especial Federal (portanto, a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995 também deve ser aplicada aos crimes de competência do Juizado Especial Federal).

Além das ações penais públicas, o procedimento também é cabível, por analogia, em relação aos crimes de ação penal privada. Pelo fato de caber somente ao ofendido decidir pela disponibilidade, oportunidade ou conveniência da ação (por intermédio dos institutos da renúncia ao direito de queixa, da decadência do perdão e da perempção), a proposta de suspensão só poderá ser apresentada por ele (e não pelo MP), embora esse entendimento não seja pacífico. Há quem sustente que somente ao Ministério Público é dado propor o *sursis* processual.

Para determinar o *cabimento* da suspensão condicional do processo algumas situações devem ser observadas:

a) ***causas obrigatórias de aumento ou de diminuição de pena*****:** a incidência dessas causas pode alterar o limite máximo e mínimo, respectivamente, da pena em abstrato, como ocorre, por exemplo, no furto simples em que a pena mínima abstrata é de um ano e a incidência do § 1.º do art. 155 do CP, que prevê um aumento de 1/3 na pena se o furto tiver sido cometido durante o repouso noturno (furto noturno), determina que a pena mínima passará a ser de um ano e quatro meses, afastando, portanto, a possibilidade de suspensão do processo. O reconhecimento de crime tentado, que acarreta a redução em até 2/3 da pena, poderá viabilizar a aplicação da suspensão condicional do processo em um crime cuja

forma consumada excluiria a sua incidência;

b) ***concurso de crimes*:** sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 243, com o seguinte teor: “O benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano”. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, recentemente, editou a Súmula 723, pela qual: “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 um sexto for superior a um ano”;

c) ***concurso de agentes*:**é plenamente possível que apenas um dos agentes, em virtude dos requisitos de natureza pessoal, tenha direito ao benefício, cindindo-se o processo em relação aos demais, cuja ação penal prosseguirá normalmente.

13.3 REQUISITOS

De acordo com o art. 89, *caput*, da Lei 9.099/1995, a suspensão condicional do processo poderá ser proposta desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e desde que estejam presentes, ainda, os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (*sursis*), previstos no art. 77 do CP. Portanto, para a aplicação da suspensão condicional do processo, é necessária a observância dos seguintes *requisitos*:

a) que a denúncia seja recebida (o recebimento da denúncia indica que o fato narrado constitui crime, que a punibilidade ainda não está extinta ou que ainda não se verificou nenhum vício capaz de impedir o prosseguimento da ação penal);

b) que o acusado não esteja sendo processado por crime (exceto contravenção penal, que não impede a proposta de suspensão do processo);

c) que o réu não tenha sido condenado anteriormente por outro crime (a exceção da pena de multa);

d) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, autorizem a concessão do benefício.

O representante do Ministério Público deve oferecer a proposta da suspensão condicional do processo juntamente com o oferecimento da denúncia. Esta proposta deve ser fundamentada, além de conter as condições obrigatórias e, eventualmente, a sugestão de condições facultativas. Se, porém, o *parquet* (somente ele é competente para fazer a proposta) entender não estarem presentes todos os requisitos exigidos pela lei, deverá abster-se de oferecer a proposta, desde que fundamentando os motivos que o levaram a esta decisão. Vale lembrar

que o juiz não pode conceder o benefício de ofício para suprir a omissão do Ministério Público, devendo, neste caso, aplicar, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP.

13.4 HOMOLOGAÇÃO

Sendo a proposta aceita em audiência específica pelo réu e seu defensor, o juiz determinará a suspensão da ação penal por um **período de dois a quatro anos**, mediante o cumprimento de determinadas condições. Entendendo não estarem presentes os requisitos legais, o juiz deixará de homologar o acordo e a ação penal prosseguirá normalmente, cabendo à parte prejudicada impetrar *habeas corpus*, caso alguma ilegalidade tenha sido praticada.

A homologação da suspensão condicional do processo pelo juiz determina o recebimento da denúncia e a interrupção do prazo prescricional. Entretanto, o § 6.º do art. 89 da Lei 9.099/1995 estabelece que a prescrição não correrá durante todo o período de prova, verificando-se, assim, a suspensão do lapso prescricional. Dessa forma, uma vez revogado o benefício, o prazo prescricional volta a correr e a contar da data da revogação.

13.5 CONDIÇÕES OBRIGATÓRIAS E FACULTATIVAS

O art. 89, § 1.º, da Lei 9.099/1995 impõe as seguintes condições, que necessariamente deverão ser cumpridas pelo beneficiado:

1) obrigação de reparar o dano causado pelo delito, salvo comprovada impossibilidade de fazê-lo;
2) proibição de frequentar determinados lugares;
3) proibição de ausentar-se da comarca em que resida, sem autorização judicial;
4) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Além destas condições obrigatórias, pode o Ministério Público sugerir ao juiz a imposição de outras facultativas, que também dependerão da aceitação e do cumprimento pelo réu para que seja possível a declaração da extinção da punibilidade ao final do período de prova. As condições a serem impostas não

poderão, sob pena de ilegalidade, violar as garantias constitucionais da dignidade humana e outras dela decorrentes.

13.6 REVOGAÇÃO

O descumprimento das condições aceitas pelo réu pode acarretar ou não a revogação do benefício. Por isso, as causas de revogação podem ser obrigatórias ou facultativas.

De acordo com o art. 89, § 3.º, da Lei 9.099/1995, o benefício será obrigatoriamente revogado:

a) se o réu não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano decorrente da infração penal;
b) se o réu vier a ser processado por outro crime durante o período de prova.

Quanto a essa última causa, há entendimento no sentido de que ofende o princípio constitucional do estado de inocência, na medida em que se presume *ab initio* que o processo, mesmo inacabado, redundará em condenação criminal.

As causas facultativas estão previstas no art. 89, § 4.º, da Lei 9.099/1995:

a) se o acusado vier a ser processado por contravenção, no curso do período de prova;
b) se o acusado descumprir qualquer outra condição obrigatória ou facultativa imposta.

Optando pela não revogação do benefício, o juiz determinará a sua prorrogação até o máximo possível do período de prova ou, ainda, o agravamento das condições anteriormente impostas. No caso de novo processo por contravenção, a suspensão condicional do processo será prorrogada até o julgamento definitivo do réu neste outro processo.

A revogação do benefício determina a imediata retomada do curso da ação penal e, consequentemente, do prazo prescricional. Caso o beneficiado não tenha dado causa à revogação do benefício durante o período de prova o juiz decretará a extinção da punibilidade, não sendo considerado reincidente nem portador de maus antecedentes.

13.7 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E A VIOLÊNCIA

DOMÉSTICA

Com o advento da Lei 11.340/2006, conhecida como "Lei Maria da Penha", tornou-se impossível a concessão do benefício da suspensão condicional do processo em relação aos crimes praticados no âmbito da unidade doméstica, familiar ou quando existente relação íntima de afeto (art. 5.º).

Com efeito, o art. 41 da lei em comento determina que "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995".

Em outras palavras, os institutos despenalizadores previstos na Lei dos JECrims (transação penal, composição civil e **suspensão condicional do processo**) são inaplicáveis aos autores de infrações penais praticadas com violência doméstica contra a mulher (que engloba a violência física, moral, psicológica, patrimonial e sexual, nos termos do art. 7.º, I a V, da Lei 11.340/2006).

Assim, o crime de lesões corporais, por exemplo, praticado contra a mulher, cuja pena é de 3 meses a 3 anos de detenção (pena mínima cominada inferior, portanto, a 1 ano), nos termos do preceito secundário do art. 129, § 9.º, do CP, alterado pela "Lei Maria da Penha", não admite a suspensão condicional do processo.

Quis o legislador, com a vedação trazida pelo já citado art. 41, afastar a concessão de benefícios àqueles que praticam crimes contra a mulher, desde que caracterizada a violência doméstica (art. 5.º).

13.8 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E A SÚMULA 337 DO STJ

Publicada em 16.05.2007, a Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça passou a admitir a concessão da suspensão condicional do processo (*sursis* processual) nos casos em que a pretensão acusatória não for integralmente acolhida pelo magistrado, vale dizer, nas hipóteses de desclassificação do delito inicialmente imputado ao agente, ou, ainda, no caso de parcial procedência do pedido inicial condenatório.

Eis a redação da súmula em comento: "É cabível a suspensão condicional do

processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva".

Embora possa parecer contraditória a concessão do benefício em tela no final de um processo criminal, tal situação mostra-se necessária especialmente nos casos em que existe um "excesso de acusação" por parte do titular da ação penal (pública ou privada), que, às vezes, inclui, por exemplo, na peça inicial (denúncia ou queixa), qualificadoras ou causas de aumento de pena impeditivas da concessão do *sursis* processual, mas que, ao término da instrução processual, mostram-se descabidas.

A inobservância da súmula ora analisada acarretará enorme gravame ao réu, sendo passível o processo de ulterior anulação.

Por fim, importante mencionar que, embora a concessão da suspensão condicional do processo ocorra após o término da instrução probatória, quando verificadas as hipóteses de procedência parcial da pretensão punitiva ou de desclassificação, evidentemente isso não implicará em condenação do réu, nem mesmo gerará maus antecedentes ou reincidência.

13.9 QUESTÕES

1. (OAB/SP 134.º) Assinale a opção correta quanto à suspensão condicional do processo.

a) Corre prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

b) O juiz pode especificar condições não expressas em lei a que fica submetida a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação do acusado.

c) O não cumprimento da condição de reparação do dano, sendo possível ao réu fazê-lo, é causa de revogação facultativa.

d) A instauração de processo por suposta prática de outro crime no período de prova é causa de revogação facultativa.

2. (OAB/SP 127º) Segundo orientação sumulada do Supremo Tribunal Federal,

a) o art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorrer do fato perigo de dano, derrogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres e em vias fluviais.

b) a competência constitucional do Tribunal do Júri não prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Federal.

c) 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.

d) a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime pode constituir motivação

idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



NULIDADES

14.1 CONCEITO

Para o saudoso Prof. Julio Fabbrini Mirabete a nulidade pode ser definida como a "inobservância de exigências legais ou uma falha ou imperfeição jurídica que invalida ou pode invalidar o ato processual ou todo o processo" (op. cit. p. 591).

A nulidade, portanto, possui dois aspectos sendo ao mesmo tempo *vício* e *sanção*.É vício porque a própria lei indica o motivo que torna o ato imperfeito e sanção porque existe a previsão das consequências que derivam daquela imperfeição jurídica.

14.2 CLASSIFICAÇÃO DAS NULIDADES

Pode-se classificar a nulidade, ou melhor, os vícios processuais em: irregularidade, nulidade relativa, nulidade absoluta e ato inexistente:

a) ***irregularidade***: refere-se a defeitos sem maior importância, em que a desconformidade com o modelo legal é mínima e que, por esse motivo, não prejudica nenhuma das partes. Sendo assim, não acarreta a nulidade do ato pelo fato do defeito não impedir o atendimento da sua finalidade e também pelo fato de não influenciar no desenvolvimento do processo. Constitui mera irregularidade, por exemplo, falta de assinatura do Promotor de Justiça na

denúncia.

b) ***nulidade relativa***: a gravidade não chega a resultar em manifesto prejuízo às partes. São vícios que violam uma exigência estabelecida em lei infraconstitucional e em benefício das partes. Ocorre em defeitos sanáveis e pode gerar a nulidade do ato desde que arguida pela parte prejudicada e que seja demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo. Assim, se a parte não arguir o defeito no momento próprio ou se aceitar, mesmo que tacitamente, os efeitos desta irregularidade, o vício sana-se automaticamente em virtude da preclusão. Levando em consideração que o interesse aqui não é de ordem pública (é do particular, das partes), o juiz não deve declará-la de ofício. No entanto, sendo manifesto o prejuízo, mesmo sem pedido da parte prejudicada, pode o juiz reconhecê-la de ofício.

c) ***nulidade absoluta***: o interesse protegido aqui é de ordem pública. A nulidade absoluta ocorre sempre que um ato processual não observar o *princípio da tipicidade das formas* (segundo o qual a lei deve prever quais os atos processuais que devem ser praticados e como devem ser praticados, devendo esse modelo ser respeitado) estabelecido de acordo com os princípios processuais constitucionais ou por meio de normas infraconstitucionais garantidoras de interesse público. Em virtude do predomínio do interesse público, a nulidade absoluta pode ser arguida tanto por uma das partes como reconhecida *ex officio* pelo juiz em qualquer fase do processo. Não há preclusão deste tipo de nulidade e o prejuízo para as partes é presumido (não precisa ser demonstrado pela parte interessada). Entretanto, apesar de constituir um vício grave, também depende de ato judicial que a reconheça, uma vez que os atos processuais mostram-se eficazes até que outros os desfaçam. A falta de citação do acusado é um exemplo de nulidade absoluta, até porque, sem ela, a relação jurídica processual sequer se forma.

d) ***ato inexistente***: é o ato que não possui os elementos essenciais exigidos pela lei para existir. É o ato que se afasta de tal modo das regras processuais a ponto de não ser necessária a tomada de qualquer providência para que seja desconsiderado (é considerado um não ato). Uma vez inexistente, o ato não precisa ser reconhecido judicialmente e não se opera a preclusão. Como exemplo pode-se citar o da sentença proferida por quem não é juiz.

14.3 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM AS NULIDADES

São princípios que norteiam as nulidades:

I – ***Princípio da Instrumentalidade das Formas*** – o ato será considerado válido se a sua finalidade (objetivo para o qual foi criado) foi atingida, ainda que realizado sem a forma legal. Este princípio dá mais valor à finalidade do que à forma. Nesse sentido, prevê o art. 566 do CPP que não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Aplica-se esse princípio somente em relação às nulidades relativas, pois as absolutas não são passíveis de convalidação.

II – ***Princípio do Prejuízo*** (*ou pas de nullité sans grief*) – encontra-se previsto no art. 563 do CPP, e dispõe que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Desta forma, não basta a mera imperfeição do ato em relação ao modelo previsto pela lei; para haver nulidade é mister que tenha causado um efetivo prejuízo ao processo ou às partes. Na nulidade absoluta, vale destacar, o prejuízo é presumido e não precisa ser demonstrado, ao contrário do que ocorre nas nulidades relativas, nas quais é necessária a prova de efetivo prejuízo pela parte.

III – ***Princípio da Causalidade ou Consequência*** – de acordo com o art. 573, § 1.º, do CPP, a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência. Nesse caso, o juiz que pronunciou a nulidade declarará os atos a que ela se estende (§ 2.º). É importante destacar que os atos da fase postulatória contaminam os demais atos do processo. Os atos da fase instrutória, por sua vez, não contaminam os da fase postulatória. Aplica-se esse princípio às nulidades relativas e absolutas.

IV – ***Princípio da Conservação dos Atos Processuais*** – segundo esse princípio, os atos processuais que não derivam ou que não dependem do ato viciado não estarão por ele contaminados sendo, portanto, preservados por motivos de economia processual.

V – ***Princípio do Interesse*** – segundo esse princípio, somente a parte que não deu causa ou que não concorreu para o surgimento do vício é que poderá invocar a nulidade em seu favor. A jurisprudência orienta no sentido de que "não é jurídico nem moral prevalecer-se o réu de nulidade para a qual concorreu com o seu silêncio, não a arguindo oportunamente" (*RT* 554/349). Esse princípio é aplicado somente em relação às nulidades relativas, pois as absolutas podem ser reconhecidas de ofício.

VI – ***Princípio da Convalidação*** – segundo esse princípio, o ato cuja imperfeição não tenha sido declarada pelo juiz será considerado válido se não for objeto de arguição no momento oportuno pelas partes. Tal princípio decorre dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas e sua aplicação está restrita às nulidades relativas, visto que as absolutas em regra não são passíveis de convalidação. Assim, se a nulidade relativa não for alegada no momento oportuno, ocorrerá a preclusão temporal, ou seja, ela será considerada sanada pelo fato de não existir outro momento processual para a sua arguição.

O art. 571 do CPP relaciona as fases processuais em que as nulidades devem ser arguidas (algumas situações foram adaptadas diante das recentes alterações promovidas no CPP):

I) as da instrução criminal dos processos de competência do júri, na fase do art. 406, ou seja, das alegações finais orais;

II) as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais na fase das alegações finais orais ou dos memoriais escritos (caso estes tenham sido determinados pelo juiz);

III) as do processo sumário, no prazo da resposta do acusado, ou, se ocorridas após este prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes;

IV) as ocorridas posteriormente à pronuncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes;

V) as ocorridas após a sentença, nas razões de recurso, ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes;

VI) as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

O Código prevê também outras causas de **convalidação**, previstas nos arts. 569 (omissões da denúncia ou da queixa, da representação, que poderão ser supridas a todo tempo, antes da sentença final) e 570 do CPP ("A falta ou nulidade da citação, intimação ou notificação estará sanada, 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 o direito da parte").

A coisa julgada também possibilita a convalidação de atos nulos, salvo se se tratar de nulidade absoluta que aproveite à defesa, caso em que será possível a desconstituição do julgado por meio da revisão criminal e do *habeas corpus*. Antes do trânsito em julgado, a apelação e a correição parcial também são meios para se postular a nulidade do processo.

É importante observar que quando a lei permite a ratificação dos atos processuais, a validação trazida por ela retroage ao momento consumativo do ato viciado, expurgando o ato *ex tunc*, fazendo com que produza efeitos desde o início, como se nunca tivesse ocorrido o vício.

14.4 ATOS NULOS E ANULÁVEIS

A nulidade, em regra, está ligada a um ato praticado isoladamente no processo. Porém, em muitas situações ela alcança também o processo. O art. 564 do CPP traz o rol das hipóteses em que ocorre a nulidade cuja natureza, absoluta ou relativa, poderá variar dependendo da situação. Assim haverá nulidade nos seguintes casos:

I – **por incompetência, suspeição ou suborno do juiz:** quando se tratar de incompetência territorial, tem-se uma causa de nulidade relativa, que se não for alegada em tempo oportuno pela parte, tornará possível a prorrogação da competência e, dessa forma, a convalidação dos atos decorrentes. Caso seja alegada no momento oportuno, a incompetência territorial anulará somente os atos decisórios, e os autos serão remetidos ao juízo competente. Tratando-se de incompetência em razão da matéria, funcional ou por prerrogativa de função (todas absolutas) a nulidade dos atos praticados será absoluta contaminando, assim, todo o processo. A suspeição e o suborno do juiz (que abrange a concussão, a corrupção e a prevaricação) também acarretarão a nulidade absoluta do processo. O inciso não mencionou o impedimento do juiz pois nesse caso o ato é considerado inexistente.

II – **por ilegitimidade de partes:** a ilegitimidade da parte pode ser *ad causam* e *ad processum* (falta de procuração do advogado). A ilegitimidade *ad causam* gera uma nulidade absoluta, mas a ilegitimidade *ad processum* é causa de nulidade relativa, que pode ser sanada.

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) falta do preenchimento dos requisitos da denúncia (art. 41 do CPP) ou da queixa e da representação e, nos processos de contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante (gera *nulidade absoluta*);

b) falta do exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167 do CPP (gera *nulidade absoluta*);

c) falta de nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos (é importante ressaltar que em virtude da redução da maioridade civil para 18 anos de idade, promovida pelo Código Civil de 2002, a nomeação de curador para o menor de 21 e maior de 18 anos não se faz mais necessária. No que se refere à falta ou deficiência da defesa, a Súmula 523 do STF dispõe: "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");

d) falta da 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 (gera *nulidade relativa*);

e) falta ou nulidade da citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa (gera *nulidade absoluta* se não houver citação ou se o ato não contiver as formalidades legais; se o réu, estando presente, não for interrogado; e se for negada oportunidade para as partes apresentarem alegações finais);

f) falta da sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri (gera *nulidade absoluta*). Importante, aqui, fazer uma consideração: com a edição da Lei 11.689/2008, deixa de existir no procedimento do Júri o oferecimento de libelo acusatório, motivo pelo qual a nulidade ora tratada permanece apenas com relação à falta de decisão de pronúncia;

g) falta da intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia (gera *nulidade absoluta*). Aqui, registramos que, de acordo com as alterações promovidas pela Lei 11.689/2008, deverá o réu ser intimado pessoalmente da decisão de pronúncia, não mais havendo qualquer distinção se o crime admite ou não o arbitramento de fiança (art. 420 do CPP). Caso não seja encontrado, a intimação far-se-á pela via editalícia (parágrafo único do citado dispositivo legal). Com isso, evita-se a suspensão do processo, vale dizer, a denominada *crise de instância*, que determinava a paralisação do feito até que o acusado fosse pessoalmente intimado. Finalmente, vale ressaltar que o julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado (art. 457 do CPP). Portanto, no tocante à nulidade em comento, esta será decretada se o acusado por crime de competência do Tribunal do Júri não for intimado para a sessão de julgamento, pouco importante a natureza do crime (afiançável ou não);

h) falta da intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei (gera *nulidade relativa* – a falta de intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade ao libelo também pode ser sanada com o comparecimento espontâneo destas ao julgamento, devendo tal nulidade ser arguida assim que ocorrer o pregão do processo, pois caso não seja alegada gerará a preclusão da prova oral pretendida). Quanto à nulidade em questão, como dito anteriormente, deixa de existir na segunda fase do procedimento do Júri o libelo acusatório, bem como a sua contrariedade, o que foi abordado no Capítulo 12 (dos procedimentos em espécie). Assim, nova leitura deve ser feita do dispositivo em tela; a falta de intimação das testemunhas arroladas nos termos do art. 422 do CPP acarretará nulidade processual ("O presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para,

no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência”);

i) falta da presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri (gera *nulidade absoluta*);

j) falta ou irregularidade no sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade (gera *nulidade absoluta*);

k) erro na elaboração dos quesitos e as respectivas respostas (gera *nulidade absoluta*);

l) falta das figuras de acusação e de defesa, na sessão de julgamento (gera *nulidade absoluta* – de acordo com a Súmula 523 do STF, 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);

m) falta da sentença (gera *nulidade absoluta*);

n) falta do recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido (não se trata tecnicamente de nulidade absoluta, mas sim de hipótese em que o trânsito em julgado da decisão fica impedido até o julgamento do recurso de ofício);

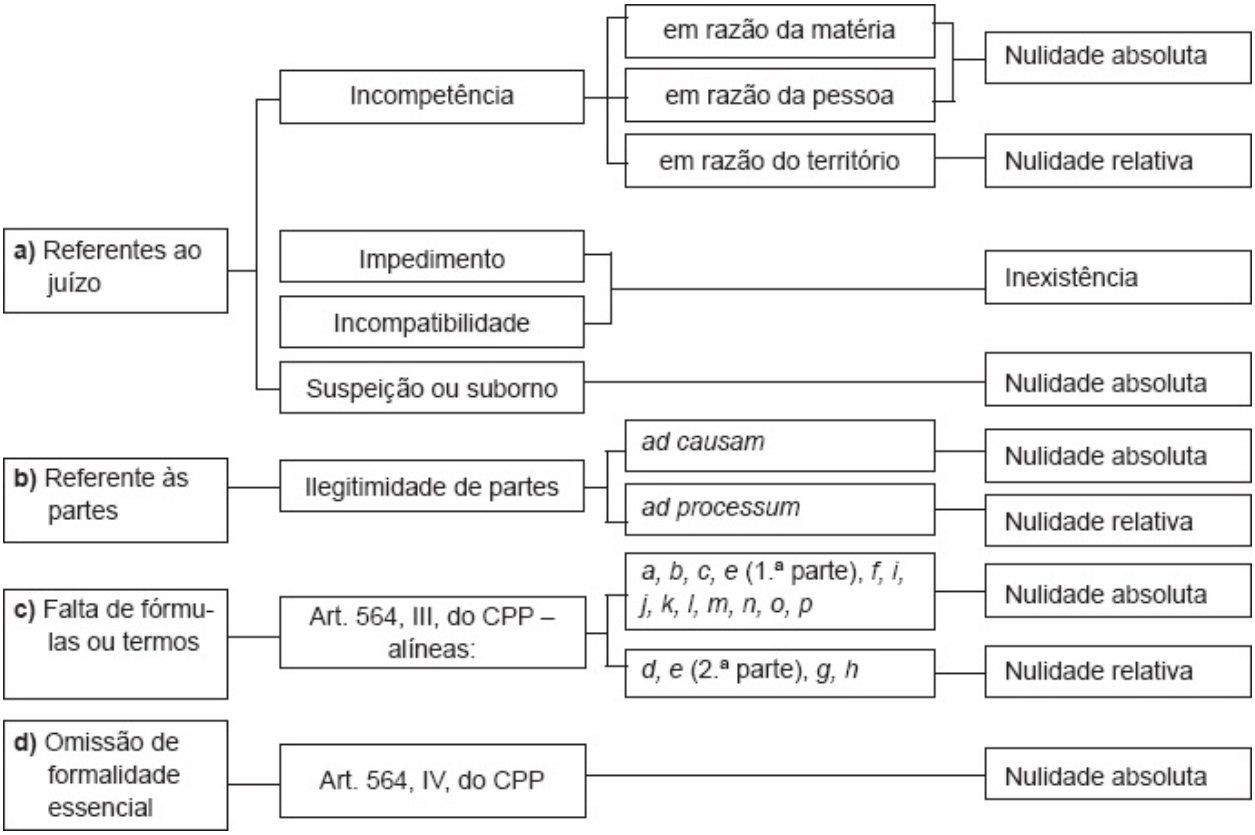
o) falta da intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso (gera *nulidade absoluta*);

p) falta no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Justiça do *quorum* legal para o julgamento (gera *nulidade absoluta*);

IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato (gera *nulidade absoluta*).

Da decisão que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte, cabe **recurso em sentido estrito**.É irrecorrível, porém, a decisão em que não se atende ao pedido de declaração de nulidade durante o procedimento. A parte prejudicada, porém, pode alegar essa nulidade, como preliminar, em sua apelação contra a sentença final ou em recurso próprio, quando a lei o possibilitar expressamente.

QUADRO GERAL DE NULIDADES



14.5 QUESTÕES

1. (OAB/SP 134.º) Quanto às nulidades no processo penal, assinale a opção correta.

a) Há nulidade absoluta se houver violação a direito ou garantia processual penal fundamental, ainda que não prevista na legislação processual ordinária.

b) As hipóteses de nulidade são apenas as previstas em lei, em decorrência do princípio processual-penal da legalidade.

c) A regra do prejuízo é aplicável em qualquer hipótese de nulidade.

d) Toda nulidade, em tese, pode ser convalidada.

2. (OAB/SP 135.º) Assinale a opção correta acerca das nulidades no processo penal.

a) Em matéria de nulidades, atua o princípio geral de que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais (*pas de nullité sans grief*).

b) A suspeição do juiz é motivo de nulidade absoluta, ainda que a parte interessada não oponha a exceção cabível.

c) Diz respeito às nulidades absolutas e relativas a seguinte afirmação do CPP: “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.”

d) A incompetência do juízo anula todo o processo, desde o seu início.

3. (OAB/MG Agosto/2008) A respeito dos requisitos e da regularidade da sentença no processo penal é correto afirmar, EXCETO:

a) a sentença em que faltar análise de tese produzida pela acusação, terá fundamentação deficiente.

b) a sentença penal condenatória em que a soma final das penas cominadas pelo juiz estiver errada, será declarada nula.

c) a sentença penal condenatória que se referir a prova obtida por meio ilícito ensejará arguição de sua nulidade.

d) a sentença penal condenatória que faltar em sua parte dispositiva a menção ao fundamento legal será declarada nula.

4. (OAB/MG Agosto/2008) A respeito das nulidades no processo penal, é CORRETO afirmar que:

a) Poderá o Tribunal de oficio reconhecer nulidade absoluta a favor do acusado, mesmo em recurso da acusação.

b) A nulidade absoluta a favor do réu poderá ser arguida apenas até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

c) A nulidade em razão da citação irregular do acusado não convalida com seu comparecimento espontâneo.

d) Em caso de nulidade por incompetência territorial, não arguida pela defesa em sede de exceção de incompetência, não poderá o juiz dar-se por incompetente de ofício.

5. (OAB/CESPE 2006.III) No processo penal, nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido. Tal enunciado refere-se especificamente ao princípio

a) da convalidação.

b) da causalidade.

c) do prejuízo.

d) do interesse.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



RECURSOS

15.1 TEORIA GERAL

15.1.1 Conceito

O recurso, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, "nada mais é do que o meio, o remédio jurídico-processual pelo qual se provoca o reexame de uma decisão. De regra, esse reexame é levado a cabo por um órgão jurisdicional superior. A parte vencida, por meio do recurso, pede a anulação ou a reforma total ou parcial de uma decisão" (op. cit. p. 294). Por meio dos recursos as partes buscam antes da ocorrência de preclusão um resultado mais vantajoso à sua pretensão por intermédio da reforma, invalidação, esclarecimento ou confirmação do provimento jurisdicional emitido.

A previsão dos recursos decorre da existência implícita na Constituição Federal do princípio do duplo grau de jurisdição. Diz-se implícita porque foi atribuída aos tribunais uma competência primordialmente recursal e porque o direito ao duplo grau de jurisdição não é assegurado de forma irrestrita a todo tipo de decisão judicial (por isso é que nas execuções fiscais até o valor igual ou inferior a 50 OTNs admite-se somente embargos infringentes e embargos de declaração dirigidos ao próprio juiz prolator da decisão – art. 34 da Lei 6.830/1980).

Denomina-se juízo *a quo* o prolator da decisão recorrida, e *ad quem* aquele a

quem se pede o reexame da decisão.

15.1.2 Finalidade

Os recursos têm como finalidade o **reexame** de uma decisão por órgão jurisdicional de superior instância (nos casos de apelação, recurso em sentido estrito etc.) ou pelo mesmo órgão que a prolatou (nos casos de embargos de declaração, protesto por novo júri, recurso em sentido estrito no juízo de retratação etc.).

15.1.3 Pressupostos recursais

Todo recurso tem por pressuposto lógico a existência de uma decisão. Afinal, sem ela, não há motivo para recorrer. Ainda, todo recurso tem um pressuposto fundamental, que é a prolação de uma decisão desfavorável, em algum ponto, à parte.

Porém, o que ora nos interessa são os denominados pressupostos recursais.

Os recursos apresentam *pressupostos recursais* ***objetivos*** *e* ***subjetivos*** que, caso não sejam observados, impedem a sua interposição.

15.1.3.1 Pressupostos objetivos

Os pressupostos recursais *objetivos são*: cabimento, adequação, tempestividade, regularidade procedimental e inexistência de fato impeditivo ou extintivo.

1. ***Cabimento***: para que um recurso possa ser interposto, ele deve estar *previsto em lei*.

2. A ***adequação*** decorre do pressuposto do *cabimento* e está relacionada ao fato de que o recurso previsto pela lei deve ser *adequado à decisão* que se quer impugnar, uma vez que a lei prevê para cada decisão um tipo específico de recurso. Porém, em virtude do princípio da fungibilidade dos recursos, mesmo que o recurso interposto seja inadequado, ele poderá ser apreciado pelo Judiciário caso haja dúvida objetiva quanto ao seu cabimento (ou seja, que não haja erro grosseiro ou má-fé) e desde que impetrado dentro do prazo legal do

recurso processualmente adequado (art. 579 do CPP).

3. A ***tempestividade*** refere-se ao fato de que a interposição do recurso deve ser feita dentro do *prazo previsto em lei*. Em geral, esse prazo no processo penal é de cinco dias, mas há prazos maiores e menores, por isso é de crucial importância analisar-se os prazos específicos de cada recurso. Os prazos só começam a correr após o 1.º dia útil da intimação da decisão judicial. Assim, se a intimação ocorrer na sexta-feira, o prazo para o recurso começa a ser contado na segunda-feira. Não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo. É importante destacar a 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".

4. Quanto à ***regularidade procedimental***, está expresso que o recurso deve *preencher os requisitos legais* para ser recebido. A sua forma vem disposta no art. 578 do CPP, o qual estabelece que o recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante. Caso o réu não saiba ou não possa assinar o seu nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas. A *petição de interposição* de recurso, com o despacho do juiz, será, até o dia seguinte ao último do prazo, entregue ao escrivão, que certificará no termo da juntada a data da entrega. Caso seja interposto *por termo* o recurso, o escrivão, sob pena de suspensão de 10 a 30 dias, fará conclusos os autos ao juiz, até o dia seguinte ao último do prazo. Em alguns casos a lei admite a interposição dos recursos somente por petição, como é o caso dos embargos infringentes e da carta testemunhável, dentre outros. Uma outra formalidade importante aos recursos é a sua *motivação*, ou seja, a exposição dos motivos que levam à parte a interpô-lo, sob pena de nulidade.

5. Finalmente, são pressupostos objetivos dos recursos a ***falta de fatos impeditivos e extintivos*** para a sua interposição e para o seu recebimento. É fato impeditivo a *renúncia* (o não recolhimento do réu à prisão deixou de ser fato impeditivo para interpor recurso de apelação, por força da revogação do art. 594 do CPP). É fato extintivo a desistência (a deserção pela fuga, nos termos do art. 595 do CPP, com o advento da recente Lei 12.403/2011, deixa de existir, ante a revogação de referido dispositivo legal).

A renúncia, sempre anterior ao recurso, é irrevogável, o que pode gerar

conflito entre o réu e seu defensor. O Supremo Tribunal Federal pacificou a questão pela Súmula 705, com o seguinte teor: “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”. Prevalece o entendimento de que somente o defensor tem o conhecimento técnico para decidir sobre a necessidade ou não da interposição dos recursos. Aliás, o tema relacionado ao direito à defesa técnica é tão importante que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 708, com o seguinte teor: “É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”.

O art. 594 do CPP dispunha que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. Com a edição da Lei 11.719/2008, referido dispositivo restou expressamente revogado. Assim, estando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, é possível a imposição da obrigação do réu recolher-se à prisão por ocasião da sentença penal condenatória recorrível. Contudo, caso o réu não se recolha à prisão, o recurso será recebido e normalmente processado, de acordo com o § 1.º do art. 387 do CPP, alterado pelo diploma legal referido: “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”. Já ressaltamos no capítulo atinente à prisão e liberdade que a determinação de recolhimento do réu à prisão, como consequência da prolação de sentença condenatória recorrível, à luz da CF/1988, somente é admissível se houver *necessidade* (por se tratar de prisão cautelar). Há quem sustente, como Fernando da Costa Tourinho Filho, que o dispositivo legal revogado (art. 594 do CPP) sequer havia sido recepcionado pela Carta Magna. Ademais, à parte contrária (Ministério Público ou querelante), não havia qualquer gravame semelhante condicionando a interposição de recurso, o que, às claras, violava o princípio da isonomia e paridade de armas. Nessa medida, andou bem o legislador ao dar novo tratamento ao recurso interposto por réu cuja prisão preventiva haja sido decretada em sentença.

Antes mesmo da alteração do CPP promovida pela Lei 11.719/2008, que revogou o art. 594, o STJ já havia editado a Súmula 347, com o seguinte teor: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. Mais uma prova de que deixa de existir o recolhimento do réu à prisão como requisito necessário ao conhecimento de seu apelo.

Prosseguindo, existem fatos que são supervenientes à interposição do recurso, e que, por sua importância, impedem o seu conhecimento; são denominados fatos extintivos do recurso e tinham como classificação a *desistência* e a *deserção (esta não mais subsiste, conforme a seguir será esclarecido)*.

A *desistência* é a manifestação da vontade real de desistir do recurso já interposto, de não prosseguir com o feito. A jurisprudência aqui também entende que deve prevalecer a vontade do defensor, que detém o conhecimento técnico do assunto em questão. O Ministério Público, por sua vez, não poderá desistir do recurso por ele interposto (art. 576 do CPP).

A deserção, de acordo com o art. 595 do CPP, ora revogado pela Lei 12.403/2011, ocorria quando o réu condenado fugia depois de haver apelado.

Também caracteriza a deserção a falta de preparo ou pagamento das custas, nos prazos fixados em lei (art. 806, § 2.º, do CPP). A causa extintiva recursal em comento é instituto exclusivo do recurso de apelação, não se aplicando, portanto, em relação ao recurso em sentido estrito ou qualquer outra espécie recursal (contra decisão de pronúncia ou com base em qualquer outro fundamento).

15.1.3.2 Pressupostos subjetivos

Os pressupostos recursais *subjetivos* são: *interesse jurídico* e *legitimidade para recorrer*.

Haverá *interesse jurídico* para a interposição de um recurso quando a decisão proferida pelo juiz frustrar uma expectativa legítima da parte e esta, não se conformando com isso, pretender a sua reforma ou modificação. A sucumbência pode ser de uma ou de ambas as partes. No primeiro caso, temos a sucumbência única, e, no outro, a *sucumbência múltipla*, que se divide em *paralela*, quando se referir aos corréus, e *recíproca*, quando se referir à acusação e à defesa, simultaneamente. Não se admite recurso da parte que não tiver interesse na reforma da decisão (art. 577 do CPP).

Quanto à *legitimidade para recorrer*, o recurso deve coincidir com a posição processual da parte. Assim, podem interpor recursos o Ministério Público, o querelante, o réu ou seu defensor (art. 577). É importante destacar que, de acordo como art. 576, o Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto. Excepcionalmente, a lei admite a interposição de recursos por pessoas que não figuram como parte na relação processual, tais como o

assistente de acusação, o ofendido (apelação supletiva e recurso em sentido estrito) etc.

15.1.4 Classificação dos recursos

Os recursos podem ser classificados de diversas formas:

1. Quanto à fonte

a) ***Constitucionais:*** são os recursos previstos no próprio texto da Constituição Federal e que têm por finalidade levar aos Tribunais Superiores o seu conhecimento ou defender os direitos fundamentais do indivíduo, como, por exemplo, o recurso extraordinário (o *habeas corpus* e o mandado de segurança, apesar de terem a mesma finalidade, não são recursos constitucionais, mas sim **ações constitucionais**);

b) ***Legais:*** são os recursos previstos no CPP e em outras leis penais especiais, tais como a apelação, o recurso em sentido estrito, a revisão criminal, a carta testemunhável e o agravo em execução (este recurso está previsto na Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal);

c) ***Regimentais:*** são os recursos previstos pelo regimento interno dos tribunais, como é o caso do agravo regimental.

2. Quanto à iniciativa

a) ***Voluntários:*** são aqueles cujo ônus de interpô-los cabe exclusivamente à parte que sucumbiu (sucumbente é aquele que teve frustrada uma expectativa legítima). São a regra no processo penal;

b) ***Necessários:*** também chamados de recursos de ofício ou anômalos, são aqueles que, obrigatoriamente, devem ser interpostos pelo próprio juiz que proferiu a decisão, sem a necessidade de ter havido impugnação por qualquer das partes. De acordo com a Súmula 423 do STF, se não for interposto de ofício tal recurso, a decisão não transitará em julgado (alguns autores criticam essa classificação e defendem a tese de que esse meio não é recurso, e sim condição de eficácia da decisão). Os recursos de ofício devem ser interpostos nas seguintes situações:

I – da sentença que concede *habeas corpus*;

II – da sentença que absolve sumariamente o réu no Tribunal do Júri;

III – da decisão que arquiva inquérito policial ou da sentença que absolve o réu acusado de crime contra a economia popular ou contra a saúde pública;

IV – da decisão que concede reabilitação criminal. Não há a necessidade de motivação para este tipo de recurso, como também não há prazo determinado para a sua interposição.

3. Quanto aos motivos

a) ***Ordinários:*** são aqueles recursos que, por resguardarem um direito subjetivo, dispensam qualquer requisito referente à sua fundamentação bastando o mero inconformismo da parte sucumbente (também são chamados de recursos de fundamentação livre). São exemplos desse tipo de recurso, a apelação e o recurso em sentido estrito.

b) Extraordinários: são os recursos que, por resguardarem diretamente o direito objetivo e indiretamente o subjetivo, exigem certo requisito relacionado a sua fundamentação para que possa ser admitido. É o caso do recurso extraordinário, que exige que a matéria seja constitucional e do protesto por novo júri, no qual a condenação por crime doloso contra

a vida tem que ser superior a 20 anos.

15.1.5 Juízo de admissibilidade (ou de prelibação) e juízo de mérito (ou de delibação)

O juízo de admissibilidade ou juízo de prelibação é a verificação da existência dos pressupostos recursais objetivos e subjetivos de um recurso. Em regra, ele é realizado pelo próprio juiz prolator da decisão a ser combatida.

Se entender presentes todos os pressupostos recursais, o juiz recebe (ou conhece) o recurso e manda processá-lo. Ao final, remeterá ao tribunal competente. Se o juiz *a quo* verificar ausência de algum pressuposto, não receberá (ou não conhecerá) o recurso, o qual, consequentemente, não será apreciado. Contra a decisão de não recebimento sempre caberá a impugnação por meio de outro recurso.

Pelo fato de os pressupostos recursais serem matéria de ordem pública (que não se sujeita à preclusão), tanto o juiz de primeira instância como o de segunda instância são competentes para verificar a sua existência. Assim, diz-se que há um dúplice juízo de prelibação, efetuado pelo juiz *a quo* e pelo *ad quem*.É importante ressaltar que o juiz prolator da sentença é competente somente para verificar a presença dos pressupostos recursais. O mérito recursal (ou juízo de delibação), salvo nas hipóteses em que se admite o juízo de retratação pelo juízo *a quo*,é da competência do tribunal, juízo *ad quem*.

No tribunal, antes do julgamento do mérito do recurso, também será feita uma nova verificação acerca da presença dos pressupostos recursais. Surge aqui, portanto, um novo juízo de admissibilidade, feito agora pelo juízo *ad quem* (daí dizermos que há um dúplice juízo de admissibilidade) que, se entender ausente qualquer dos pressupostos recursais, não conhecerá do recurso. Conhecendo do recurso, o tribunal proferirá o julgamento do mérito recursal dando provimento ou improvimento à pretensão da parte sucumbente.

Em suma, o juízo de prelibação (ou juízo de admissibilidade) é realizado tanto pelo juiz de primeira instância (juízo *a quo*) como pelo tribunal (juízo *ad quem*). O juízo de delibação (ou juízo de mérito) é realizado somente pelo tribunal competente.

Destaque-se, por fim, que em virtude da regra *tempus regit actum* adotada para o sistema processual, os recursos regem-se, quanto à sua admissibilidade, pela lei em vigor ao tempo em que a decisão recorrida é proferida.

15.1.6 Efeitos dos recursos

São efeitos dos recursos:

a) o ***devolutivo***, comum a todos os recursos, uma vez que o conhecimento da matéria é devolvido ou apresentado novamente ao Judiciário para que este confirme ou reforme a decisão impugnada;

b) o ***suspensivo***, que determina que a eficácia da decisão impugnada fique suspensa até que se resolva o recurso interposto. Para que um recurso apresente o efeito suspensivo é necessária previsão expressa, pois no processo penal o efeito suspensivo não constitui regra (no silêncio da lei não se admite o efeito suspensivo);

c) o ***extensivo***, pois no caso de haver mais de um réu, a decisão do recurso interposto por um deles aproveitará aos demais, salvo se a defesa arguida for de caráter exclusivamente pessoal, caso em que não se estenderá aos demais (art. 580);

d) o ***regressivo*** (ou juízo de retratação, também denominado efeito devolutivo diferido, iterativo ou misto) permite que o conhecimento da matéria seja devolvido ao mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada, o qual poderá até mesmo reformá-la. Somente se houver expressa previsão legal é que o efeito ora analisado será admitido.

15.1.7 Interposição

De acordo com o art. 578 do CPP, o recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo seu recorrente ou por seu representante. A interposição por termo nos autos ocorrerá quando o réu manifestar verbalmente o seu interesse em recorrer e esse é, assim, registrado nos autos pelo escrivão. Tal tipo de recurso não apresenta formalidades. Podem ser interpostos por termos os recursos de protesto por novo júri, a apelação e o recurso em sentido estrito.

Já o recurso extraordinário, o especial, os embargos infringentes, os embargos declaratórios, a correição parcial e a carta testemunhável somente podem ser interpostos por petição.

15.1.8 Proibição da *reformatio in pejus*

De acordo com o art. 617 do CPP, o Tribunal, Câmara ou Turma atenderá nas suas decisões o disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena quando somente o réu houver apelado da sentença. O aludido dispositivo institui a regra pela qual o ***julgamento do recurso interposto exclusivamente pela defesa não poderá piorar a situação do réu***, inviabilizando, dessa forma, o reconhecimento de nulidades desfavoráveis

ao réu (Súmula 160 do STF).

A *reformatio in pejus* pode ser direta ou indireta. Será ***direta*** quando o agravamento da situação do réu ocorrer em razão de julgamento pelo órgão competente para apreciar o recurso (somente da defesa). De outro modo, será ***indireta*** se o agravamento da situação do réu decorrer de novo julgamento (cuja anulação do anterior decorreu de recurso exclusivo da defesa) em que a situação do réu foi agravada.

Excepcionalmente, no caso da *reformatio in pejus* ***indireta***, existem duas situações em que tanto a doutrina quanto a jurisprudência não são pacíficas, quanto à sua proibição ou não. Vamos a elas:

a) *Julgamento pelo Tribunal do Júri anulado* (por meio de apelação ou protesto por novo júri): no caso de novo julgamento em plenário os jurados, limitados pela pronúncia e pelo libelo, podem responder diferentemente aos quesitos que lhe são apresentados, agravando, consequentemente, a situação do réu, tendo em vista o princípio constitucional da soberania dos veredictos. Entretanto, se as respostas aos quesitos forem as mesmas do julgamento anterior, é pacífico que o juiz presidente não poderá aumentar a pena.

b) *No caso de sentença condenatória anulada por incompetência absoluta do juízo*: há entendimento no sentido de que uma nova sentença, proferida por juízo competente, pode agravar a situação do réu.

Sobre a questão, para efeito de Exame de Ordem é importante saber tais posicionamentos para a 2.ª fase (prova dissertativa). No caso da 1.ª fase, entendemos ser pouco provável o examinador aplicar questões sobre o tema.

De qualquer forma, a jurisprudência do STJ reconhece que o princípio da *ne reformatio in pejus indireta* (isto é, a imposição de pena mais grave, após a decretação de nulidade da sentença, em apelo exclusivo da defesa) não tem aplicação nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, eis que, em face da soberania dos veredictos, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu. Para as demais hipóteses decorrentes do provimento de recurso exclusivo da defesa, não será admitida a reforma da decisão para piorar a situação do réu (art. 617 do CPP), ou seja, segundo o STJ, nos julgamentos pelo tribunal do júri, esta é a única exceção à proibição da *reformatio in pejus* indireta.

Finalmente, é importante ressaltar que a vedação à *reformatio in pejus* fica afastada quando também houver recurso do Ministério Público visando a reforma da sentença para agravar a situação do réu. No entanto, no caso de recurso exclusivo por parte do Ministério Público, pode ocorrer a *reformatio in*

melius (reforma para melhor), ou seja, a situação do réu pode melhorar, mesmo que ele não tenha recorrido.

15.2 RECURSOS EM ESPÉCIE

15.2.1 Recurso em sentido estrito (RESE)

15.2.1.1 Cabimento do recurso em sentido estrito

O Recurso em Sentido Estrito (RESE) é o meio processual adequado para impugnar decisões (definitivas, com força de definitivas e terminativas) proferidas com fundamento em alguma das hipóteses taxativas do art. 581 do CPP. A interposição, que será perante o juiz prolator da decisão, admite a realização do juízo de retratação (efeito regressivo), uma vez que a decisão lhe é devolvida para reexame (art. 589 do CPP). Se mesmo depois desse reexame o juiz mantiver sua decisão, o recurso subirá para o juízo *ad quem* (tribunal). Trata-se, portanto, de um recurso de instância mista.

De acordo com o art. 581, caberá recurso, em sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I – que não receber a denúncia ou a queixa: essa regra não se aplica nos Juizados Especiais Criminais (art. 82, § 1.º, da Lei 9.099/1995 – texto em que há previsão também do recurso de apelação para a Turma Recursal, no prazo de 10 dias) e nos crimes de competência originária dos tribunais (com cabimento de agravo regimental);

II – que concluir pela incompetência do juízo;

III – que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;

IV – que pronunciar o réu (alterado pela Lei 11.689/2008);

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;

VI – que absolver o réu, nos casos do art. 411 do CPP (absolvição sumária na primeira fase do procedimento do Júri – dispositivo revogado pela Lei 11.689/2008);

VII – que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

VIII – que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

IX – que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

X – que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus* (esse inciso refere-se à decisão de primeira instância, sendo que no caso da ordem ser concedida ou negada por tribunais, a medida cabível será a interposição de recurso ordinário constitucional);

XI – que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;

XII – que conceder, negar ou revogar livramento condicional (cabe somente agravo em execução – art.

197 da Lei 7.210/1984);

XIII – que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;

XIV – que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;

XV – que denegar a apelação ou a julgar deserta;

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

XVII – que decidir sobre a unificação de penas (cabe somente agravo em execução – art. 197 da Lei 7.210/1984);

XVIII – que decidir o incidente de falsidade;

XIX – que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado (cabe somente agravo em execução – art. 197 da Lei 7.210/1984);

XX – que impuser medida de segurança por transgressão de outra (cabe somente agravo em execução – art. 197 da Lei 7.210/1984);

XXI – que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774 do CPP (cabe somente agravo em execução – art. 197 da Lei 7.210/1984);

XXII – que revogar a medida de segurança (cabe somente agravo em execução – art. 197 da Lei 7.210/1984);

XXIII – que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação (cabe somente agravo em execução – art. 197 da Lei 7.210/1984);

XXIV – que converter a multa em detenção ou em prisão simples (esse inciso foi revogado pela Lei 9.268/1996, que impediu tal conversão, uma vez que a multa, conforme o art. 51 do CP, passou a ser considerada dívida de valor).

A doutrina entende que o rol de cabimento do recurso em sentido estrito previsto no art. 581 do CPP é taxativo, não admitindo, dessa maneira, o emprego da analogia. Entretanto, alguns defendem tal possibilidade em virtude do disposto no art. 3.º do CPP, que estabelece que a lei processual penal admitirá interpretação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Como exemplo, temos a decisão que decreta a suspensão condicional do processo (art. 366), que, por analogia ao art. 581, XVI, seria impugnável por meio do recurso em sentido estrito.

O recurso em sentido estrito (prazo de 20 dias e sem efeito suspensivo) contra sentença que incluir ou excluir jurado da lista geral será interposto perante o Presidente do Tribunal de Justiça (art. 426, § 1.º).

O RESE possui os efeitos devolutivo, suspensivo e regressivo (juízo de retratação). Terá efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, quando for denegada a apelação ou julgada deserta e quando decidir sobre a unificação das penas – art. 584. O recurso da pronúncia suspenderá tão somente o julgamento, e o recurso que julgar quebrada a fiança suspenderá unicamente o efeito da perda da metade do seu valor (art. 584, §§ 2.º e 3.º). O RESE contra a decisão que decretar a prescrição ou que reconhecer a incidência de qualquer outra causa de

extinção da punibilidade, não poderá impedir que o réu seja posto imediatamente em liberdade (art. 584, § 1.º).

Para os próximos exames da OAB, será importante que o candidato tenha conhecimento das alterações promovidas pela Lei 11.689/2008 ao recurso em sentido estrito: as decisões de **impronúncia** (art. 581, IV) e **absolvição sumária** (art. 581, VI) deixam de ser impugnáveis pela referida via recursal, passando a desafiar *recurso de apelação* com fundamento no novo art. 416 do CPP. Antes da reforma do procedimento do Júri, estas decisões, assim como a de pronúncia e desclassificação eram impugnadas pelo mesmo recurso (em sentido estrito). A alteração passou a viger em 10 de agosto de 2008, após a *vacatio legis* de 60 dias da citada Lei 11.689/2008, de 9 de junho do mesmo ano.

15.2.1.2 Prazo para interposição

O RESE deverá ser interposto perante o juízo prolator da decisão recorrida no prazo de cinco dias (art. 586). Entretanto, quando se tratar de decisão de impronúncia, o ofendido ou os seus sucessores terão o prazo de 15 dias, contados a partir do trânsito em julgado da decisão para o Ministério Público, para a interposição do RESE. Quando se tratar de decisão que exclui ou inclui jurado na lista geral, o RESE deve ser interposto no prazo de 20 dias (art. 586, parágrafo único).

15.2.1.3 Processamento do recurso em sentido estrito

O recurso em sentido estrito poderá ser processado de duas formas: a) nos próprios autos, ou b) com formação de instrumento.

O recurso será processado nos próprios autos quando não prejudicar o andamento do processo; caso das decisões terminativas previstas no art. 581 do CPP (ocorre em seis hipóteses):

> *I* – que não receber a denúncia ou a queixa; (...) *III* – que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição; (...) *IV* – que pronunciar o réu (com redação alterada pela Lei 11.689/2008, que abrangia a decisão de impronúncia); (...) *VI* – (este inciso foi revogado pela Lei 11.689/2008 e se referia à decisão de absolvição sumária no procedimento do júri); (...) *VIII* – que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade; e (...) *X* – que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus*.

Entretanto, nas demais hipóteses do art. 581, nos casos sujeitos ao duplo grau

obrigatório (recurso de ofício) e contra a sentença de pronúncia transitada em julgado apenas para um dos corréus, o recurso será processado sob a forma de instrumento.

Quando o recurso houver de subir por instrumento, a parte indicará, no respectivo termo, ou em requerimento avulso, as peças dos autos de que pretenda traslado. O traslado será extraído, conferido e concertado no prazo de cinco dias, e dele constarão sempre a decisão recorrida, a certidão de sua intimação, se por outra forma não for possível verificar a oportunidade do recurso, e o termo de interposição.

Conferido o traslado pelo escrivão, será aberta vista ao recorrente para que em dois dias apresente suas razões, e em igual prazo será aberta vista ao recorrido para suas contrarrazões. As razões recursais também deverão ser oferecidas perante o juízo de primeira instância (mas na apelação isso pode ser feito – art. 600, § 4.º). Em seguida, com ou sem as contrarrazões, os autos serão conclusos ao juiz, que proferirá sua decisão em dois dias (juízo de retratação), reformando ou sustentando a decisão impugnada. Caso o juiz reforme o despacho recorrido, a parte contrária, por simples petição, poderá recorrer dessa nova decisão não sendo mais lícito ao juiz modificá-la. Nesse caso, independentemente de novos arrazoados, subirá o recurso nos próprios autos ou em traslado.

15.2.2 Apelação

15.2.2.1 Cabimento do recurso de apelação

A apelação é o recurso interposto para ser julgado pelo juízo *ad quem*, contra sentença definitiva (condenatória, absolutória, terminativa de mérito) ou com força de definitiva (decisões interlocutórias mistas), em que se devolve todo o exame da causa à instância superior para que repare possível injustiça cometida pela instância inferior.

A regra do *tantum devolutum quantum appellatum* possibilita devolver à instância superior o conhecimento de toda a matéria decidida em primeira instância, caso em que a apelação será plena (ou ampla). A apelação limitada (ou parcial), prevista no art. 599 do CPP, é aquela em que o próprio recorrente delimita o seu objeto, pedindo apenas o reexame de parte da decisão (veda-se, portanto, o julgamento *ultra petitum*).

De acordo com o art. 593 do CPP, a *apelação é o recurso cabível*:

I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não alcançados pelo recurso em sentido estrito;

III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Importante frisarmos, tal como no item anterior referente ao recurso em sentido estrito, que as decisões de impronúncia e absolvição sumária, por força da Lei 11.689/2008, passaram a ser atacáveis por apelação, conforme preconiza o art. 416 do CPP: "Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação".

Por força do contido no art. 593, II, do CPP, diz-se que a apelação tem caráter subsidiário (ou residual) em relação ao recurso em sentido estrito. Em caso de decisões definitivas ou com força de definitivas não contempladas no rol taxativo do art. 581 do CPP, o recurso cabível será sempre o de apelação, mesmo que haja uma parte da decisão cujo conteúdo seja alguma das matérias previstas no aludido artigo. Nessa situação, a apelação é preferível pelo fato de permitir à superior instância um conhecimento mais amplo do objeto da sentença.

A apelação possui os efeitos devolutivo, extensivo e suspensivo.

Vale ressaltar que a apelação não tem efeito regressivo. Logo, findos os prazos, os autos serão remetidos ao juízo *ad quem*, com ou sem as razões.

Embora o CPP, em seu art. 601 admita a remessa da apelação ao juízo superior mesmo sem as respectivas razões, é certo que a doutrina e jurisprudência mais consentâneas com a CF/1988, em respeito ao princípio da ampla defesa, propugnam que, em caso de o tribunal constatar a ausência das razões, deverá converter o julgamento em diligência e determinar a intimação do recorrente a constituir advogado para oferecê-las, ou, no silêncio deste, nomeará defensor dativo para fazê-lo.

Tal situação (oferecimento de recurso sem razões) foi objeto de questionamento pela OAB/SP em sua 2.ª fase. O entendimento acima consignado foi adotado como o correto, com o que concordamos.

15.2.2.2 Processamento do recurso de apelação

O recurso de apelação deverá ser interposto num prazo de cinco dias a contar da intimação da sentença e a petição de interposição será dirigida ao próprio juiz que prolatou a decisão para que, decidindo pelo seu recebimento, realize o juízo de admissibilidade. Sendo a intimação do tipo ficta, o prazo começa a correr a partir do decurso do prazo previsto pelo edital (60 dias para a condenação à pena igual ou inferior a um ano e 90 dias para condenação à pena superior a um ano). A apelação supletiva, já tratada nesta obra no capítulo referente aos poderes dos assistentes, também possui prazos diferenciados (cf. item 8.4).

É ***importante*** destacar que o recurso de ***apelação previsto para os Juizados Especiais Criminais possui regime diverso***, contando com prazo (10 dias) e formalidades específicas (não se admite a apresentação de petição de interposição separada das razões recursais, devendo ser oferecida em peça única – art. 82, § 1.º, da Lei 9.099/1995).

Uma vez realizado o juízo de admissibilidade pelo juízo *a quo*, esse decidirá sobre o seu recebimento, caso estejam presentes os pressupostos recursais objetivos e subjetivos. Decidindo pelo não recebimento do recurso, dessa decisão caberá recurso em sentido estrito.

Recebido o recurso, o apelante será intimado para que, no prazo de oito dias (ou três dias, caso o processo tenha julgado contravenção penal que não tenha sido encaminhada aos Juizados Especiais Criminais), apresente as razões do seu inconformismo. A jurisprudência majoritária reconhece que o simples atraso na apresentação tanto das razões como das contrarrazões constitui mera irregularidade, não impedindo, portanto, o prosseguimento do trâmite recursal.

Em seguida, serão intimadas as partes contrárias para a apresentação das contrarrazões de apelação. O art. 600, § 1.º, estabelece o prazo de três dias, sucessivamente ao prazo do Ministério Público, para que o assistente apresente suas razões ou, se o recurso for da defesa, as contrarrazões. Se a ação penal for movida pela parte ofendida (ação penal privada), o Ministério Público terá vista dos autos também no prazo de três dias para arrazoar ou contra-arrazoar, conforme estabelece o art. 600, § 2.º.

No caso de dois ou mais apelantes ou apelados, os prazos serão comuns. Entretanto, se tanto a acusação como a defesa recorrerem, primeiro será aberto prazo para o Ministério Público recorrer e, em seguida, será aberto prazo em dobro para a defesa arrazoar seu recurso e contra-arrazoar o recurso ministerial. Assim procedido, os autos retornarão ao Ministério Público para que este ofereça suas contrarrazões ao recurso interposto pela defesa.

Conforme faculta o § 4.º do art. 600, pode o apelante declarar, na petição de interposição ou no termo, que deseja arrazoar na superior instância, hipótese em que os autos serão remetidos ao tribunal *ad quem* que providenciará a intimação para o oferecimento de razões. Nesse caso, os autos serão remetidos ao representante do Ministério Público que atuou na primeira instância para que ofereça suas contrarrazões. Conforme já mencionado anteriormente, caso o Ministério Público não apele de uma decisão que absolveu o réu, o ofendido (ou os seus sucessores do art. 31 do CPP) poderá fazê-lo supletivamente.

15.2.2.3 Procedimento recursal nos tribunais para o julgamento da apelação e do recurso em sentido estrito (arts. 609 a 618 do CPP)

No tribunal, a apelação e o recurso em sentido estrito podem ser processados de duas formas diferentes:

a) ***procedimento recursal ordinário:*** será utilizado quando o recurso versar sobre crime apenado com reclusão, e percorrerá o seguinte caminho:

1.º) ao Procurador de Justiça (órgão de segunda instância do Ministério Público) para oferecimento de parecer, no prazo de 10 dias;

2.º) ao relator sorteado, que elaborará relatório no prazo de 10 dias;

3.º) ao revisor para elaboração de parecer no prazo de 10 dias sendo que, em seguida, pedirá designação de data para o julgamento;

4.º) intimação das partes para a realização da sessão de julgamento;

5.º) no dia do julgamento, o presidente da turma (a turma é um órgão fracionário dos tribunais) anunciará o julgamento e apregoará as partes;

6.º) em seguida o relator fará exposição oral sobre os termos do processo e abrirá oportunidade para que as partes façam sustentação oral, com prazo de 15 minutos para cada uma;

7.º) findos os debates, o relator, o revisor e um terceiro juiz (desembargador) proferirão seus votos sendo, em seguida, lavrado o respectivo acórdão (a ser publicado de acordo com o previsto no regimento interno do tribunal).

b) ***procedimento recursal sumário:*** será utilizado quando o recurso versar sobre contravenções penais ou crimes apenados com detenção. Nesses casos, o recurso será enviado à Procuradoria-Geral de Justiça, que terá vista dos autos para apresentação de parecer pelo prazo de 5 dias, passando, ato seguinte, ao relator, que, no mesmo lapso temporal, pedirá designação de dia para julgamento.

15.2.3 O protesto por novo júri. Revogação pela Lei 11.689/2008

De acordo com o art. 4.º da Lei 11.689/2008, o protesto por novo júri foi expressamente revogado, portanto, expurgado do CPP.

Tratava-se de um recurso privativo da defesa, e somente era admitido quando a sentença condenatória por crimes dolosos contra a vida fosse de reclusão por tempo igual ou superior a 20 anos, não podendo em hipótese alguma ser proposto mais de uma vez.

Entendemos que a regra mencionada no início deste item não tem cunho meramente processual, mas material, por influenciar diretamente no direito de liberdade do réu condenado em plenário do júri, especialmente no tocante à plenitude de defesa. Portanto, sustentamos que o dispositivo legal que revogou o protesto por novo júri é irretroativo, ou seja, somente não mais será possível a sua interposição em relação às pessoas que tenham cometido crimes da competência do Tribunal do Júri a partir do dia 9 de agosto de 2008.

Isso porque a revogação do recurso em tela somente gerou efeitos a partir de 9 de agosto de 2008, data em que entraram em vigor as alterações promovidas pela Lei 11.689/2008. Significa dizer que mesmo aos acusados condenados em Plenário do Júri após a referida data, caberá a interposição de protesto por novo julgamento, desde que tenham, é óbvio, cometido a infração de competência de aludido órgão jurisdicional antes de 9 de agosto de 2008.

Assim, sendo irretroativa a novel disposição nesse particular, os antigos arts. 607 e 608 do CPP serão dotados de ultratividade, incidindo a todos os fatos praticados antes do início de vigência do diploma legal referido. Por essas razões, mantemos nesta obra o tratamento do protesto por novo júri.

Com efeito, somente será cabível o recurso em tela se a pena de 20 anos decorrer da prática de apenas um crime; não se admite a sua soma com outros. Mas havendo **concurso formal** e **crime continuado** a lei admite a soma das penas, e se essa for igual ou superior a 20 anos, pode-se impetrar o protesto por novo júri. O que não se admite é a soma em caso de concurso material.

A finalidade deste recurso é invalidar o julgamento anterior e realizar outro que substitua aquele independentemente da ocorrência de erro ou injustiça na decisão impugnada (dispensa, portanto, qualquer fundamentação).

São pressupostos para interposição do protesto por novo júri:

a) sentença condenatória;

b) pena de reclusão;

c) pena igual ou superior a 20 anos;

d) pena imposta somente em relação ao crime doloso contra a vida (não se considera, por exemplo, um crime conexo com pena superior a 20 anos);

e) pena imposta pelo juiz-presidente, ou seja, em primeira instância (se a pena for dada em grau de apelação não se admite este recurso).

O prazo para a interposição deste recurso também é de cinco dias, podendo ser impetrado por termo ou por meio de petição. Da decisão que nega o protesto cabe carta testemunhável (art. 639, I). O deferimento do protesto tornará prejudicado qualquer outro recurso interposto pelas partes.

De acordo com o art. 607, § 3.º, no novo julgamento não poderão servir como jurados aqueles que o foram no primeiro impugnado. Nesse sentido, a Súmula 206 do STF dispõe: "É nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo".

Quando na sentença o réu for condenado por outro crime, além do doloso contra a vida, que admita a apelação, esta poderá ser interposta sem prejuízo do protesto por novo júri. Porém, o julgamento da apelação ficará suspenso enquanto não for resolvido o protesto. Nesse tipo de recurso não se faz necessária a apresentação das razões ou contrarrazões.

15.2.4 Dos embargos

15.2.4.1 Embargos infringentes e de nulidade

Os embargos infringentes e de nulidade são recursos a serem interpostos exclusivamente pela defesa quando a decisão de segunda instância for desfavorável ao réu e quando tiver sido tomada por maioria de votos (não unânime) no julgamento de apelação ou de recurso em sentido estrito (e, pela similitude em seu processamento, o agravo em execução, segundo parte da doutrina). Os ***embargos infringentes*** discutem matéria relacionada ao mérito da ação penal enquanto os ***embargos de nulidade*** versam sobre matéria exclusivamente processual. Entretanto, ambos subordinam-se aos mesmos requisitos e procedimento. Embora levem o nome de embargos infringentes ***e*** de nulidade, o mais certo seria embargos infringentes ***ou*** de nulidade, se o inconformismo da parte sucumbente estivesse relacionada, respectivamente, a matéria penal ou processual penal.

Os embargos poderão ser opostos dentro de 10 dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613 do CPP. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. A norma processual exige ainda que a divergência em torno do voto vencido seja benéfica ao réu, restringindo-se,

assim, a devolutividade da material recursal.

O recurso é dirigido ao relator do acórdão embargado e deverá ser apresentado pelo embargante com a petição de interposição do recurso – que deverá ser subscrita por advogado devidamente habilitado – juntamente com as suas razões, fortalecendo-as com os argumentos expedidos no voto dissidente. No Estado de São Paulo, os embargos infringentes e de nulidade são julgados pelos Grupos de Câmaras. Para o julgamento do recurso, votarão: o novo relator, o novo revisor e outros três integrantes da câmara que tomaram parte no julgamento anterior (podendo manter ou modificar o voto anterior), totalizando, portanto, cinco votos (se a decisão não for unânime não caberão outros embargos infringentes e de nulidade).

Guilherme de Souza Nucci entende que somente são cabíveis os embargos infringentes e (***ou***) de nulidade contra acórdãos de Tribunal, jamais de Turma Recursal ("segunda instância" nas causas julgadas pelos Juizados Especiais Criminais), que não é tribunal (op. cit., p. 972).

15.2.4.2 Embargos de declaração

Os embargos de declaração, por opção didática, já foram abordados no capítulo "Atos processuais e atos judiciais", mais precisamente no item 11.2.2.1.

Como vimos, em decorrência do dever de clareza e precisão imposto ao juiz, qualquer das partes poderá, no prazo de dois dias, pedir ao juiz que complemente ou esclareça a sentença, por meio dos embargos de declaração, sempre que nela houver ***obscuridade*** (falta de clareza na redação), ***ambiguidade*** (várias interpretações para o mesmo ponto), ***contradição*** (conflito entre afirmações) ou ***omissão*** (ausência de análise).

Na primeira instância o recurso, previsto no art. 382, é dirigido ao próprio juiz que proferiu a decisão e tem como finalidade apenas esclarecer o conteúdo de seu ato ou corrigir erros materiais, não sendo possível, portanto, a sua modificação, correção, redução ou ampliação (não pode ter caráter infringente). A sua interposição interrompe o prazo para os outros recursos. A parte contrária não será intimada para se manifestar sobre o recurso.

O art. 619 do CPP prevê os embargos de declaração na segunda instância: "Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade,

contradição ou omissão". Já na Lei 9.099/1995, o prazo para oposição de embargos de declaração é de 5 dias, operando efeito meramente suspensivo (e não interruptivo, como na sistemática do CPP). A finalidade do recurso também é obter-se a clareza e precisão da decisão, exigindo, para a admissão, os seguintes requisitos:

a) que o embargante indique, no requerimento, o ponto que deve ser declarado ou corrigido;
b) que o acórdão contenha: obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade.

Na segunda instância, vale destacar, os embargos serão dirigidos ao relator do acórdão. A manifestação da parte contrária é necessária somente nos embargos opostos na segunda instância.

15.2.5 Recurso especial

O recurso especial, previsto no art. 105, III, *a*, *b* e c, da CF, tem por finalidade levar ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça uma questão federal de natureza infraconstitucional decidida pelos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e Territórios e Tribunais Regionais (excluem-se as decisões dos Tribunais da Justiça Especializada – Eleitoral, Militar e do Trabalho).

De acordo com o art. 105, III, da CF, cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência;
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal *(alterado pela EC 45/2004)*;
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Quando o inconformismo se fundar em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado.

Assim como o recurso extraordinário, o especial é um recurso de fundamentação vinculada, sendo que as regras procedimentais aplicáveis são aquelas previstas nos arts. 26 a 29 da Lei 8.038/1990 e nos arts. 255 a 257 do RISTJ (Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça). Se a decisão recorrida também admitir recurso extraordinário para o Supremo Tribunal

Federal, ambos deverão ser interpostos na mesma ocasião, mas em petições distintas. Admitidos os dois recursos, os autos deverão ser imediatamente remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento, em primeiro lugar, do recurso especial e, julgado esse, ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, se esse não estiver prejudicado.

O prazo para interposição do recurso especial é de 15 dias a contar da intimação da decisão recorrida e sua interposição ocorrerá perante o presidente do tribunal recorrido, a quem incumbe o dever de efetuar o juízo de admissibilidade. O recurso especial, assim como o extraordinário, não possui efeito suspensivo e não impede, portanto, a execução da pena. Contudo, o STF já pacificou o entendimento segundo o qual, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, *não será admissível o início do cumprimento de pena*, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. Portanto, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência, não se pode admitir a execução provisória da pena.

Contra a decisão que não receber o recurso especial caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, nos termos do art. 28 da Lei 8.038/1990, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. Se a decisão da turma divergir do julgamento de outra turma, seção ou órgão especial, serão admitidos os embargos de divergência (art. 29), que serão processados de acordo com os arts. 266 e 267 do RISTJ.

De acordo com a Súmula 7 do STJ, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Entendem a doutrina e jurisprudência majoritárias que contra acórdão proferido por Turma Recursal (“segunda instância” dos Juizados Especiais Criminais), ainda que haja violação a norma federal, não é admissível a interposição de recurso especial. Assim o é porque, como já dito anteriormente, Turma Recursal não é tribunal, conforme o art. 105, III, da Carta Magna.

Ainda, há que se destacar a Lei 11.672/2008, conhecida como *Lei dos Recursos Repetitivos*. De acordo com o diploma referido, se o Relator de um recurso especial identificar a existência de outros recursos com o mesmo objeto, determinará a suspensão do julgamento dos demais, não apenas junto ao próprio STJ, mas em tribunais inferiores (TJ’s e TRF’s). Após apreciar a questão, os demais recursos suspensos terão o mesmo destino, o que torna a prestação jurisdicional mais célere e uniforme, garantindo-se, com isso, segurança jurídica. Nos tribunais inferiores (TJ’s e TRF’s), se a decisão impugnada pelos recursos

especiais estiver de acordo com a orientação adotada pelo STJ, sequer serão conhecidos (verdadeiro pressuposto recursal de admissibilidade). Todavia, se contrárias ao posicionamento da Corte Superior, provavelmente serão revertidas quando do julgamento dos recursos especiais interpostos.

15.2.6 Recurso extraordinário

O recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, a, *b*, *c* e *d* da CF, tem por finalidade levar ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento de uma questão federal de natureza constitucional, da qual não caiba mais recurso ordinário, pouco importando o tribunal que proferiu a decisão. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, "entende-se por recurso extraordinário aquele meio por meio do qual se propicia ao Supremo Tribunal Federal manter o primado da Constituição. Por meio dele o Excelso Pretório, como guardião supremo da Lei Maior, tutela os mandamentos constitucionais" (op. cit. p. 464).

Este tipo de recurso tem **efeito meramente devolutivo** e é cabível nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão impugnada contiver ofensa aos preceitos da Constituição Federal. Ele será processado e julgado no Supremo Tribunal Federal na forma estabelecida pelo respectivo regimento interno.

De acordo com o art. 102, III, da CF, caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta 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 *(incluído pela EC 45/2004)*.

O prazo para interposição do recurso extraordinário é de **15 dias** a contar da intimação da decisão recorrida e sua interposição é dirigida ao Presidente do Tribunal recorrido, devendo conter a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida (art. 26 da Lei 8.038/1990).

É preciso, ainda, que a parte, no recurso interposto contra uma decisão monocrática, provoque, de modo expresso, o tribunal, para que esse se manifeste sobre matéria que, eventualmente, possa servir de fundamento à interposição do

recurso extraordinário (questão federal). A esse ato de questionar antes, a doutrina e a jurisprudência chamam de *prequestionamento*. Esse requisito também é exigido para o recurso especial.

O juízo de admissibilidade, por sua vez, é realizado tanto pelo presidente do tribunal recorrido como pelo relator no Supremo Tribunal Federal. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo.

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a ***repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso***, em sede de preliminar, 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. (§ 3.º, do art. 102, da CF, *incluído pela EC 45/2004)*.

Contra a decisão que não receber o recurso extraordinário caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, nos termos do art. 28, § 5.º, da Lei 8.038/1990, dirigido ao próprio Supremo Tribunal Federal. Se a decisão da Turma divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal admitem-se embargos de divergência a serem opostos no prazo de 15 dias e perante a secretaria do próprio Supremo Tribunal Federal (arts. 330 a 336 do RISTF).

De acordo com a Súmula 286 do STF, "não se conhece de recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal já firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Contra acórdão das Turmas Recursais, diferentemente do que ocorre em relação ao recurso especial, será admitida a interposição de recurso extraordinário, uma vez que o art. 102, III, da CF prevê seu cabimento em relação a causas decididas em única ou última *instância* (e não tribunal), desde que verificadas uma das hipóteses previstas nas alíneas "a" a "d".

15.2.7 Recurso ordinário constitucional

Apesar de estar previsto na Constituição Federal, o Recurso ordinário constitucional (ROC) é um recurso que pode ser manejado na esfera criminal, sujeitando-se, dessa forma, às regras do CPP. Dependendo da matéria discutida, o ROC deverá ser interposto no STF ou no STJ.

De acordo com o art. 102, II, da CF, compete ao STF julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (se a decisão for favorável ao impetrante, só será cabível o recurso extraordinário, a ser interposto pelo Ministério Público);
b) o crime político.

Quanto à alínea *a* do mencionado art. 102, II, pelo fato de a CF referir-se apenas às decisões de "única instância", não cabe recurso ordinário ao STF da decisão do STJ que julgar tais remédios denegados por Tribunais estaduais ou regionais. Nessa hipótese, caberá ao próprio STJ o julgamento do ROC interposto contra essa decisão denegatória.

O STJ, por sua vez, será competente para julgar, em recurso ordinário, de acordo com art. 105, II, da CF: "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". Essa hipótese é bastante abrangente pois além da decisão proferida originariamente pelos tribunais, o ROC é admitido quando o acórdão denegatório foi proferido em decorrência de recurso interposto de decisão de primeiro grau. A jurisprudência admite o ROC ao STJ tanto da decisão do tribunal de 2.ª instância que nega a ordem quanto daquela que não conhece do pedido pois o não conhecimento equipara-se à denegação.

O processamento do ROC é regido pelo Regimento Interno do STF e do STJ.

Atente que se o julgamento de um *habeas corpus* for não unânime, denegando a ordem impetrada em favor do paciente, não será admissível a oposição de embargos infringentes. Lembre-se que referido recurso apenas é cabível em julgamento não unânime de apelação e recurso em sentido estrito (tendo o TJSP admitido sua interposição em relação a julgamento de agravo em execução).

A denegação não unânime de um *habeas corpus*, ainda que haja um voto favorável, equivale à sua denegação, pelo que será cabível o ROC.

15.2.8 Correição parcial

A correição parcial é uma **providência administrativo-judiciária**, prevista pelos regimentos internos dos tribunais de justiça, destinada a corrigir **erro ou**

abuso que importe inversão tumultuária dos atos e fórmulas legais do processo (*error in procedendo*). É admissível somente quando não houver nenhum outro recurso específico contra a decisão a ser impugnada como, por exemplo, a decisão do juiz de ouvir testemunhas arroladas intempestivamente; a decisão que indefere o pedido de instauração de incidente de insanidade do réu; a decisão do juiz que indefere a oitiva de testemunha tempestivamente arrolada etc. Pode ser interposta pelo réu, Ministério Público (ou assistente de acusação) ou querelante.

A competência para o julgamento pertence à Câmara do Tribunal de Justiça que seria competente para apreciar o processo do qual ela se origina. Em São Paulo, a correição observa o rito do agravo de instrumento. Deve ser interposta no prazo de 10 dias, contados da ciência do ato impugnado ou da omissão processual. Pelo fato de não possuir efeito suspensivo, a parte poderá obtê-lo impetrando Mandado de Segurança, desde que demonstrada a existência do *periculum in mora*.

15.2.9 A carta testemunhável

A carta testemunhável é uma espécie de recurso (entendimento majoritário) que tem por finalidade requerer a reforma da decisão que não recebeu ou impediu o prosseguimento de um recurso interposto para que este seja admitido e julgado pelo juízo *ad quem*. Trata-se de um ***recurso subsidiário***, já que depende de anterior interposição de outro recurso.

De acordo com o art. 639 do CPP, é cabível a carta testemunhável:

I – da decisão que denegar o recurso;

II – da que, admitindo embora o recurso, obstar à sua expedição e seguimento para o juízo *ad quem*.

É importante destacar que para cada tipo de ***decisão denegatória*** de recebimento de recurso poderá existir um recurso específico:

1) contra a decisão que denegar a apelação está previsto o recurso em sentido estrito (art. 581, XV);

2) contra a decisão que denegar os embargos de declaração ou os embargos infringentes e (***ou***) de nulidade cabe agravo regimental;

3) contra a decisão que denegar o recurso especial ou o recurso extraordinário cabe agravo de instrumento (art. 28 da Lei 8.038/1990);

4) contra a decisão que denegar o recurso ordinário constitucional cabe reclamação ou agravo de instrumento (art. 38 da Lei 8.038/1990).

Sendo assim, a carta testemunhável será cabível ***somente quando inexistirem recursos específicos***, acentuando assim o seu caráter residual. Dessa forma, contra a decisão que denegar o prosseguimento do recurso em sentido estrito, por ausência de previsão legal de outro recurso, a carta testemunhável será o recurso adequado. O mesmo se aplica em relação ao agravo em execução.

A carta testemunhável será interposta ao escrivão ou ao secretário do tribunal, conforme o caso, nas 48 horas seguintes ao despacho que denegar o recurso, indicando o requerente as peças do processo que deverão ser trasladadas (art. 640). O escrivão, ou o secretário do tribunal, sob pena de suspensão, dará recibo da petição à parte e, no prazo máximo de cinco dias, fará entrega da carta, devidamente conferida e concertada (art. 641). O Tribunal, Câmara ou Turma a que competir o julgamento da carta, se dela tomar conhecimento, mandará processar o recurso, ou, se estiver suficientemente instruída, decidirá logo, *de meritis* (art. 644).

Recebe o nome de testemunhante o recorrente e de testemunhado, o juiz que denega o recurso. O processo da carta testemunhável na instância superior seguirá o processo do recurso denegado.

De acordo com o art. 646 do CPP, a carta testemunhável também não terá efeito suspensivo.

15.2.10 Habeas corpus

15.2.10.1 Características, espécies e legitimidade

Conquanto o *habeas corpus* esteja incluído no Título do Código de Processo Penal, que trata dos recursos, na verdade é uma ação penal de índole constitucional. Fala-se, ainda, em *ação autônoma de impugnação contra decisões judiciais* (cabível, por vezes, até contra ato de particular).

O art. 5.º, LXVIII, da CF prevê que "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O *habeas corpus*, portanto, é o remédio jurídico que tem por objeto o direito à liberdade de locomoção de alguém. Nesse sentido, dispõe a Súmula 693 do STF que "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".

O *writ* pode ser de duas espécies: preventivo e liberatório (ou repressivo). O *habeas corpus* destinado a afastar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção já existente, isto é, quando alguém se encontra ilegalmente preso, é denominado liberatório ou *repressivo*. Neste caso, sendo deferida a ordem de *habeas corpus*, o julgador expedirá o alvará de soltura, ordenando que ponha em liberdade o paciente.

Quando a liberdade de locomoção estiver sendo, de forma ilegal, ameaçada, o *habeas corpus* destinado a impedir futuro constrangimento ilegal é chamado de *preventivo*. Sendo deferida a ordem de *habeas corpus*, ou seja, comprovado um perigo iminente à liberdade de locomoção do paciente, a autoridade competente que a concedeu expedirá o salvo-conduto ordenando que o beneficiário não seja preso pelo motivo apresentado no *habeas corpus*.

No processo penal, admite-se o *habeas corpus*, por exemplo: quando o juiz receber a denúncia ou queixa-crime em relação a fato que não constitua crime em tese; se o fato descrito constitui crime em tese, mas os autos do inquérito policial ou as peças de informação não contenham algum elemento idôneo no sentido de gerar convicção quanto à existência do crime ou de sua autoria, trancando-se a ação penal; do mesmo modo, se o juiz decretar a prisão preventiva sem fundamentá-la.

A impetração da ordem pode ser feita por qualquer pessoa, não se exigindo, portanto, capacidade postulatória (advogado). Assim, poderá ser feita pelo ***próprio paciente*** (indiciando, réu ou condenado), por analfabeto, estrangeiro, por pessoa jurídica, por entes despersonalizados e pelo ***Ministério Público***. De acordo com o art. 654, § 2.º, os juízes e os tribunais têm competência para expedir, conceder, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. O juiz, como o delegado de polícia, enquanto no exercício de suas atribuições, não tem legitimidade para impetração do *writ* em favor de terceiros, exceto na condição de pessoas físicas, ou seja, como "qualquer pessoa", e não em face da função pública exercida por eles.

O *habeas corpus* deve ser impetrado contra o coator (autoridade coatora), ou seja, aquele que exerce a violência, coação ou ameaça. É o que determina o art. 654, § 1.º, *a*, do CPP. Embora não haja consenso, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o *habeas corpus* pode ser impetrado

contra ato de particular, ainda que esse não esteja no exercício de uma função pública.

São partes no processo de *habeas corpus*:

- **paciente:** quem sofre o constrangimento ilegal;
- **impetrante:**é aquele que ajuíza o pedido de *habeas corpus*;
- **coator/impetrado:** quem exerce o constrangimento, a coação sem fundamento legal.

15.2.10.2 Competência

Em regra, a competência para julgar o *habeas corpus* é da autoridade imediatamente superior àquela de quem parte a coação. Assim, se a autoridade coatora for o Delegado de Polícia, competente será o juiz criminal; se a autoridade coatora for o Juiz de Direito, competente será o Tribunal de Justiça; caso a autoridade coatora seja o Ministério Público (por exemplo, na requisição de instauração de inquérito policial), será competente o juiz criminal, embora haja entendimento do STF no sentido de que deva ser impetrado junto ao Tribunal ao qual o promotor estiver vinculado (de Justiça, na área estadual, e TRF, se se tratar de procurador da república – RE 141.209-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 140/683).

É importante, por fim, ressaltar que o teor da Súmula 690 do STF ("compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais") não mais prevalece em virtude da alteração da jurisprudência do STF, que passou a entender que a competência é do Tribunal de Justiça do Estado (HC 86.834/SP).

15.2.10.3 Requisitos para o cabimento do habeas corpus

Já em relação ao cabimento do *habeas corpus*, a Constituição Federal exige que alguém sofra ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em a sua liberdade de locomoção em virtude da ocorrência de ilegalidade ou de abuso de poder (art. 5.º, LXVIII).

O constrangimento será ilegal quando a hipótese concreta se assemelhar a algum dos modelos previstos no art. 648 do CPP.

Assim, haverá constrangimento ilegal:

I – quando não houver justa causa.

O conteúdo deste primeiro inciso é abrangente e sua interpretação de forma ampla é capaz de englobar os demais incisos do artigo. A falta de justa causa refere-se à inexistência de fundamentos legais e fáticos para que seja permitida a imposição de qualquer espécie de coação à liberdade de locomoção da pessoa, como ocorre, por exemplo, nos inquéritos policiais e nas ações penais que tiverem por objeto fato atípico.

II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.

O inciso II, como os que o seguem, prevê casos específicos de coação ilegal à liberdade de locomoção. Caracteriza a coação em análise o fato de o condenado permanecer preso apesar de encontrar-se vencida a pena ou vencido o prazo para determinados procedimentos: inquérito policial, prisão provisória, instrução criminal (no prazo jurisprudencial de 81 dias para réu preso). Porém, em alguns casos a alegação de constrangimento por excesso de prazo deve ser afastada, pois a ilegalidade da coação deixa de existir: quando a instrução probatória estiver sido encerrada dentro do prazo (81 dias para réu preso); quando o excesso de prazo for justificado (em virtude de uma diligência considerada essencial pelo juiz); ou ainda quando o atraso do processo tiver sido provocado pela própria defesa (por exemplo, a insistência na oitiva desnecessária de uma testemunha arrolada a ser realizada mediante carta precatória).

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo.

Amparado em texto constitucional, executando as hipóteses de flagrante delito, de transgressão ou crime militar, toda e qualquer prisão somente poderá ser determinada pela autoridade judiciária competente mediante despacho fundamentado. Nesse sentido, a Súmula 694 do STF dispõe que: “Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública”. Entretanto, a jurisprudência admite excepcionalmente a impetração de *habeas corpus* em relação às punições disciplinares para discutir a existência de poder disciplinar a relação hierárquica, se o ato é ou não ligado à função militar e para questionar a validade da pena aplicada disciplinarmente.

IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação.

Nessa situação, a coação que era legal passa a ser ilícita em virtude do desaparecimento dos motivos que antes a autorizaram. Assim, são os casos de cessação do motivo: a manutenção da prisão com o pagamento da fiança; a continuidade da prisão, quando operada a prescrição ou decadência; a prisão de quem tem a seu favor a concessão do *sursis* ou do livramento condicional; nos casos de prisão preventiva, fundamentada na conveniência da instrução criminal, quando terminada essa e ainda não prolatada a sentença; ainda no caso de prisão preventiva, quando a mesma tiver sido revogada e o réu permanecer preso.

V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza.

Segundo o art. 5.º, LXVI, CF, "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança". Deste modo, se a infração for afiançável, não se justificará a demora e muito menos a sua não concessão.

VI – quando o processo for manifestamente nulo.

É necessário que a nulidade se manifeste de modo evidente, que não exija alta indagação, referindo-se a ato ou termo legalmente essencial à validade do ato. Assim, quando ausente algum pressuposto de existência da relação processual, ou de processo válido, ou faltar condição de procedibilidade, o processo será manifestamente nulo. Nesse caso, o art. 652 do CPP determina a renovação do processo, sendo a concessão do *habeas corpus* uma sentença declaratória desconstitutiva quando rescindir a coisa julgada.

VII – quando extinta a punibilidade.

No caso desse inciso deve-se ter em vista o art. 107 do CP, o qual determina os casos em que a punibilidade é extinta (exemplo: pela morte do agente; pela anistia, graça ou indulto; pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; pela prescrição, decadência ou perempção etc.). É importante destacar que, de acordo com a Súmula 695 do STF: "Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade".

O rol previsto pelo art. 648 do CPP é meramente exemplificativo.

Outra hipótese de constrangimento ilegal é a do indeferimento da suspensão do processo, nos moldes do art. 89, § 1.º, da Lei 9.099/1995.

Por derradeiro, deve-se destacar que o STF, em sua Súmula 691, sustenta ser inadmissível o conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em anterior impetração não tenha deferido a liminar requerida. É que, neste caso, haverá inegável supressão de instância, o que não se deve admitir. Todavia, a Excelsa Corte, em casos graves, tais como ausência de fundamentação da decisão indeferitória de liminar em instância inferior (STJ), relativiza o teor da súmula em comento, concedendo a ordem.

15.2.11 Mandado de segurança (Lei 12.016/2009 e art. 5.º, LXIX e LXX, da CF)

O mandado de segurança é o remédio constitucional destinado a "proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

O *writ* possui a natureza jurídica de **ação constitucional de natureza civil**, ainda que a matéria nele veiculada seja de natureza administrativa, jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista etc.

Direito líquido e certo, segundo Hely Lopes Meirelles, é "aquele manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração" (op. cit. p. 34). Exige-se para o seu ajuizamento, portanto, a apresentação dos fatos (pois o direito, se existente, já é líquido e certo) por meio de prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória.

O mandado de segurança guarda a mesma natureza e estrutura do *habeas corpus* diferenciando-se, contudo, em relação ao objeto tutelado, pois tem por finalidade coartar constrangimento ilegal real ou potencial aos demais direitos, que não o de locomoção. Por isso, diz-se que o mandado de segurança possui um campo de atuação definido por exclusão sendo cabível, portanto, quando a situação não exigir *habeas corpus*. Também se diferencia em relação ao impetrante, que deve estar representado por advogado habilitado (exige capacidade postulatória, salvo em relação ao promotor de justiça).

Em decorrência do disposto no art. 5.º da Lei 12.016/2009, exige-se ainda a inexistência de qualquer outro recurso ou meio processual ordinário dotado de efeito suspensivo que possa evitar a lesão do direito líquido e certo da parte. Assim faltaria interesse de agir à parte que impetrasse mandado de segurança num processo cuja decisão, ainda não transitada em julgado, comportaria recurso de apelação com efeito suspensivo. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência

admitem a impetração de mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso que não o possua.

A competência para conhecer e decidir o mandado de segurança pertence ao tribunal que seria competente para o julgamento de eventual recurso relativo à causa. Tendo a decisão a ser atacada sido proferida pelo Juizado Especial Criminal, a competência para o julgamento do *writ* pertence ao tribunal de segunda instância e não à turma recursal.

Podemos exemplificar as seguintes decisões passíveis de correção por meio de mandado de segurança no âmbito criminal:

- decisão que não confere efeito suspensivo ao recurso criminal (o mandado de segurança pode ser utilizado, inclusive, para conferir esse efeito ao recurso criminal quando o mesmo não o possui);
- decisão que indefere pedido de habilitação nos autos de assistente de acusação;
- decisão que indefere vista dos autos às partes;
- decisão que indefere o acompanhamento de diligências no processo pelas partes;
- decisão que indefere quesitos apresentados pelas partes no processo;
- decisão que impede o advogado de consultar os autos do processo ou do inquérito policial;
- decisão transitada em julgado (Súmula 268 do STF).

15.2.12 Revisão criminal

Embora incluída entre os recursos, a revisão criminal, de acordo com a grande parte da doutrina, possui natureza jurídica de verdadeira **ação penal de conhecimento** (ação autônoma de impugnação), **exclusiva da defesa** (princípio do *favor rei*) e de **caráter desconstitutivo** (ou constitutivo negativo), que tem por objetivo a rescisão de uma sentença penal transitada em julgado (assemelha-se, *grosso modo*,à ação rescisória existente no processo civil).

A revisão criminal tem por finalidade reparar eventuais injustiças ou erros judiciários por meio da absolvição do réu, qualificação menos rigorosa da infração (desclassificação), diminuição da pena imposta ou a anulação do processo.

O nosso sistema processual adota somente a revisão em favor do condenado (revisão *pro reo*), não admitindo a revisão em favor da sociedade (revisão *pro societate*) (art. 626 do CPP).

De acordo com o art. 621, a revisão dos processos findos será admitida:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após (art. 622), pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado, ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge (e por isonomia, ao companheiro ou companheira), ascendente, descendente ou irmão (art. 623). O pressuposto inafastável para o ajuizamento da revisão criminal é a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Em decorrência do disposto no art. 624, são *órgãos competentes* para julgar e processar a revisão criminal:

I – o Supremo Tribunal Federal, quanto às condenações por ele proferidas;

II – o Tribunal Federal de Recursos, Tribunais de Justiça, nos demais casos.

No Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos, hoje substituído pelo Superior Tribunal de Justiça, o processo e julgamento obedecerão ao que for estabelecido no respectivo regimento interno. Nos Tribunais de Justiça, o julgamento será efetuado pelas câmaras ou turmas criminais, reunidas em sessão conjunta, quando houver mais de uma, e, em caso contrário, pelo tribunal pleno. Os tribunais de alçada foram extintos pela EC 45/2004, passando os seus membros a integrar, como desembargadores, os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados.

O pedido de revisão é dirigido ao presidente de tribunal competente, mas será distribuído a um relator e a um revisor, devendo funcionar como relator um desembargador que não tenha pronunciado decisão em qualquer fase do processo, e deverá conter a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória, com as peças necessárias à comprovação dos fatos arguidos (art. 625).

O pedido poderá ser indeferido por meio de liminar se o relator verificar que o pedido foi insuficientemente instruído ou ainda que se trata de mera reiteração com infundadas provas. Se o pedido não for indeferido por meio de liminar, será dada vista dos autos ao procurador-geral, que dará parecer no prazo de 10 dias.

Em seguida, examinados os autos, sucessivamente, em igual prazo, pelo relator e revisor, julgar-se-á o pedido na sessão que o presidente designar.

Na revisão criminal não se admite a realização de instrução probatória pelo fato de a lei processual penal exigir, para o cabimento e a propositura da ação, a existência de prova pré-constituída da alegação de falsidade ocorrida em depoimentos, exames ou documentos (art. 621, II). Se o condenado possuir apenas meros indícios antes da propositura da ação, poderá valer-se da justificação criminal, que é uma verdadeira ação penal cautelar preparatória processada perante o juízo da condenação cujo procedimento observará, analogicamente, o previsto nos arts. 861 a 866 do CPC.

Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo (art. 626). Porém, não se admite a *reformatio in pejus*, ou seja, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista. A absolvição, por sua vez, implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação, devendo o tribunal, se for caso, impor a medida de segurança cabível (art. 627).

À vista da certidão do acórdão que cassar a sentença condenatória, o juiz mandará juntá-la imediatamente aos autos, para inteiro cumprimento da decisão. Caberá, se o interessado requerer, uma justa indenização pelos danos causados.

É importante destacar a possibilidade de revisão de sentença condenatória irrecorrível proferida pelo Tribunal do Júri. Sendo o pedido julgado procedente, nada impede que o tribunal competente altere a decisão dos jurados para corrigir erros ou injustiças cometidos durante o julgamento popular. A soberania dos veredictos, verdadeira garantia constitucional (art. 5.º, XXXVIII, da CF), não pode ser utilizada como argumento para impedir pessoa indevidamente condenada de provar sua inocência após o trânsito em julgado de sentença proferida em sede de julgamento pelo Tribunal do Júri. Eis a melhor posição para o Exame da OAB. Há, porém, uma corrente jurisprudencial no sentido de que a procedência do pedido determina a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o que, particularmente, não concordamos. O tribunal competente para julgar a revisão criminal poderá (leia-se: deverá), reconhecendo presentes os requisitos previstos no art. 621 e seguintes do CPP, julgar procedente o pedido revisional, absolvendo, por exemplo, agente condenado equivocadamente em processo de competência do Tribunal do Júri, e não o submetendo a novo julgamento.

Em decorrência do disposto na Súmula 393 do STF: “Para requerer a revisão

criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão". Em virtude da falta de previsão legal, a fuga do condenado após a propositura do pedido revisional não causa a revogação (o art. 595 do CPP, que previa a deserção do recurso de apelação como sanção à fuga do réu, foi expressamente revogado pela Lei 12.403/2011). Também não se admite a atribuição de efeito suspensivo à revisão criminal.

15.2.13 Agravo em execução

O agravo em execução é o recurso cabível para a impugnação das decisões proferidas pelo juiz da Vara das Execuções, como, por exemplo, as saídas temporárias, as progressões e regressões de regimes, a inserção no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), a unificação de penas, concessão de benefícios etc.

Nesse sentido, o art. 197 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) dispõe que toda decisão sobre matéria de execução criminal deverá ser atacada por meio do recurso denominado "agravo em execução". Assim, também nas hipóteses do art. 581, XII, XVII, XIX, XX, XXI, XXII e XXIII do CPP, não é mais cabível o recurso em sentido estrito, mas sim o agravo em execução.

Em virtude da ausência de previsão quanto ao prazo de interposição e o procedimento a ser adotado, a doutrina e a jurisprudência orientam pela adoção do procedimento do recurso em sentido estrito (embora doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, sustentasse que o procedimento deveria ser o mesmo previsto para o recurso de agravo de instrumento, previsto no CPC). Dessa forma, a sua interposição será feita por termo nos autos (ou por meio de petição), no prazo de cinco dias, e com a possibilidade de juízo de retratação. Acerca do prazo para sua interposição, espancando quaisquer dúvidas acerca de eventual similitude com o recurso de agravo do CPC, a Súmula 700 do STF dispõe: "É de cinco dias o prazo para interposição de Agravo contra decisão do juiz da execução penal". As razões, à semelhança do RESE, devem ser apresentadas em dois dias.

Por fim, a interposição do agravo em execução produz os efeitos ***devolutivo*** (o art. 197 da LEP veda o efeito suspensivo) **e *regressivo*** (juízo de retratação – art. 589 do CPP).

15.3 QUESTÕES

1. (OAB 2010.2 – FVG) Antônio Ribeiro foi denunciado pela prática de homicídio qualificado, pronunciado nos mesmos moldes da denúncia e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri em 25.05.2005, tendo sido condenado à pena de 15 anos de reclusão em regime integralmente fechado. A decisão transita em julgado para o Ministério Público, mas a defesa de Antônio apela, alegando que a decisão dos Jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. A apelação é provida, sendo o réu submetido a novo Júri. Neste segundo Júri, Antônio é novamente condenado e sua pena é agravada, mas fixado regime mais vantajoso (inicial fechado). A esse respeito, assinale a afirmativa correta.

a) Não cabe nova apelação no caso concreto, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos.

b) A decisão do juiz togado foi incorreta, pois violou o princípio do *ne reformati o in pejus*, cabendo apelação.

c) A decisão dos jurados foi incorreta, pois violou o princípio do *tantum devolutum quantum appelatum*.

d) Não cabe apelação por falta de interesse jurídico, já que a fixação do regime inicial fechado é mais vantajosa do que uma pena a ser cumprida em regime integralmente fechado.

2. (OAB 2010.2 – FVG) Ao final da audiência de instrução e julgamento, o advogado do réu requer a oitiva de testemunha inicialmente não arrolada na resposta escrita, mas referida por outra testemunha ouvida na audiência. O juiz indefere a diligência alegando que o número máximo de testemunhas já havia sido atingido e que, além disso, a diligência era claramente protelatória, já que a prescrição estava em vias de se consumar se não fosse logo prolatada a sentença. A sentença é proferida em audiência, condenando-se o réu à pena de 6 anos em regime inicial semiaberto. Com base exclusivamente nos fatos acima narrados, assinale a alternativa que apresente o que alegaria na apelação o advogado do réu, como pressuposto da análise do mérito recursal.

a) A redução da pena ou a fixação de um regime de cumprimento de pena mais vantajoso.

b) A anulação da sentença para que outra seja proferida em razão da violação do princípio da ampla defesa.

c) A reinquirição de todas as testemunhas em sede de apelação.

d) A anulação da sentença para que outra seja proferida em razão da violação do princípio da ampla defesa, com a correspondente suspensão do prazo da prescrição de modo que o órgão *ad quem* se sinta confortável para anular a sentença sem gerar impunidade no caso concreto.

3. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) José, após responder ao processo cautelarmente preso, foi condenado à pena de oito anos e sete meses de prisão em regime inicialmente fechado. Após alguns anos no sistema carcerário, seu advogado realizou um pedido de livramento condicional, que foi deferido pelo magistrado competente. O membro do *Parquet* entendeu que tal benefício era incabível no momento e deseja recorrer da decisão. Sobre o caso apresentado, assinale a afirmativa que menciona o recurso correto.

a) Agravo em Execução, no prazo de 10 (dez dias);

b) Recurso em Sentido Estrito, no prazo de 05 (cinco dias);

c) Agravo em Execução, no prazo de 05 (cinco dias);

d) Recurso em Sentido Estrito, no prazo de 10 (dez dias).

4. **(VII Exame de Ordem Unificado – FGV) Em relação aos meios de impugnação de decisões judiciais, assinale a afirmativa INCORRETA**.

a) Caberá recurso em sentido estrito contra a decisão que rejeitar a denúncia, podendo o magistrado, entretanto, após a apresentação das razões recursais, reconsiderar a decisão proferida.

b) Caberá apelação contra a decisão que impronunciar o acusado, a qual terá efeito meramente devolutivo.

c) Caberá recurso em sentido estrito contra a decisão que receber a denúncia oferecida contra funcionário público por delito próprio, o qual terá duplo efeito.

d) Caberá apelação contra a decisão que rejeitar a queixa-crime oferecida perante o Juizado Especial Criminal, a qual terá efeito meramente devolutivo.

5. **(XI Exame de Ordem Unificado – FGV) De acordo com a doutrina, recurso é todo meio voluntário de impugnação apto a propiciar ao recorrente resultado mais vantajoso. Em alguns casos, fenômenos processuais impedem o caminho natural de um recurso. Quando a parte se manifesta, esclarecendo que não deseja recorrer, estamos diante do fenômeno processual conhecido como**

a) preclusão.

b) desistência.

c) deserção.

d) renúncia.

6. **(XI Exame de Ordem Unificado – FGV) Frida foi condenada pela prática de determinado crime. Como nenhuma das partes interpôs recurso da sentença condenatória, tal decisão transitou em julgado, definitivamente, dentro de pouco tempo. Pablo, esposo de Frida, sempre soube da inocência de sua consorte, mas somente após a condenação definitiva é que conseguiu reunir as provas necessárias para inocentá-la. Ocorre que Frida não deseja vivenciar novamente a angústia de estar perante o Judiciário, preferindo encarar sua condenação injusta como um meio de tornar-se uma pessoa melhor. Nesse sentido, tomando-se por base o caso apresentado e a medida cabível à espécie, assinale a afirmativa correta.**

a) Pablo pode ingressar com revisão criminal em favor de Frida, ainda que sem a concordância desta.

b) Caso Frida tivesse sido absolvida com base em falta de provas, seria possível ingressar com revisão criminal para pedir a mudança do fundamento da absolvição.

c) Da decisão que julga a revisão criminal são cabíveis, por exemplo, embargos de declaração, mas não cabe apelação.

d) Caso a sentença dada à Frida, no caso concreto, a tivesse condenado mas, ao mesmo tempo, reconhecido a prescrição da pretensão executória, seria incabível revisão criminal.

7. (OAB Nacional 2009.I) Jaime foi denunciado pela prática de crime político perante a 12ª Vara Criminal Federal do DF. Acolhida a pretensão acusatória e condenado o réu, a decisão condenatória foi publicada no Diário da Justiça.

Nessa situação hipotética, considerando-se que não há fundamento para a interposição de *habeas corpus* e que não há ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade na sentença condenatória, contra esta cabe

a) recurso de apelação ao Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

b) pedido de revisão criminal ao próprio juízo sentenciante.

c) recurso ordinário constitucional diretamente ao STF.

d) recurso ordinário constitucional diretamente ao STJ.

8. (OAB 2011.3 – FGV) Caio, Mévio e Tício estão sendo acusados pela prática do crime de roubo majorado. No curso da instrução criminal, ficou comprovado que os três acusados agiram em concurso para a prática do crime. Os três acabaram condenados, e somente um deles recorreu da decisão. A decisão do recurso interposto por Caio

a) aproveitará aos demais, sempre.

b) se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

c) sempre aproveitará apenas ao recorrente.

d) aproveitará aos demais, desde que eles tenham expressamente consentido nos autos com os termos do recurso interposto.

9. Com base no Código de Processo Penal, acerca dos recursos, assinale a alternativa correta.

a) Todos os recursos têm efeito devolutivo, e alguns têm também os efeitos suspensivo e iterativo.

b) O recurso de apelação sempre deve ser interposto no prazo de cinco dias a contar da intimação, devendo as razões ser interpostas no prazo de oito dias.

c) Apesar do princípio da complementaridade, é defeso ao recorrente complementar a fundamentação de seu recurso quando houver complementação da decisão recorrida.

d) A carta testemunhável tem o objetivo de provocar o reexame da decisão que denegar ou impedir seguimento de recurso em sentido estrito, agravo em execução e apelação.

10. (IX Exame de Ordem Unificado – FGV) Joel foi condenado pela prática do crime de extorsão mediante sequestro. A defesa interpôs recurso de Apelação, que foi recebido e processado, sendo certo que o tribunal, de forma não unânime, manteve a condenação imposta pelo juízo *a quo*. O advogado do réu verifica que o acórdão viola, de forma direta, dispositivos constitucionais, razão pela qual decide continuar recorrendo da decisão exarada pela Segunda Instância. De acordo com as informações acima, assinale a alternativa que indica o recurso a ser interposto.

a) Recurso em Sentido Estrito.

b) Recurso Ordinário Constitucional.

c) Recurso Extraordinário.

d) Embargos Infringentes.

11. (VIII Exame de Ordem Unificado – FGV) Adão ofereceu uma queixa-crime contra Eva por crime de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, IV). A queixa preenche todos os requisitos legais e foi oferecida antes do fim do prazo decadencial. Apesar disso, há a rejeição da inicial pelo juízo competente, que refere, equivocadamente, que a inicial é intempestiva, pois já teria transcorrido o prazo decadencial. Nesse caso, assinale a afirmativa que indica o recurso cabível.

a) Recurso em sentido estrito.

b) Apelação.

c) Embargos infrigentes.

d) Carta testemunhável.

12. OAB/Nacional 2008.I) Acerca do julgamento de recursos, assinale a opção correta.

a) No julgamento das apelações, poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

b) A apelação suspende a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente.

c) Não haverá revisão dos processos findos, quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da Lei Penal ou à evidência dos autos.

d) Os recursos extraordinário e especial têm efeito suspensivo.

13. (OAB/Nacional 2009.II) Assinale a opção correta com relação aos recursos criminais.

a) Considere que Elias pratique crime contra bens da União e seu advogado impetre habeas corpus em seu favor, com decisão final favorável ao paciente. Considere, ainda, que, ao apreciar o recurso de ofício contra essa decisão, o tribunal de justiça reconheça a incompetência do juízo estadual de primeiro grau, anule o *decisum* e determine a remessa dos autos ao juízo federal competente. Nessa situação hipotética, o tribunal só poderá reconhecer a nulidade se tal alegação for feita, pelo MP, na peça recursal, sob pena de a decisão do órgão recursal representar *reformatio in pejus*.

b) O protesto por novo júri é cabível contra decisões do tribunal do júri que acarretem ao réu condenação à pena privativa de liberdade, com reclusão superior a vinte anos.

c) Considere que Jaime tenha sido denunciado pelo delito de descaminho, tendo o julgador rejeitado a denúncia, com base no princípio da insignificância, e determinado a extinção da punibilidade do denunciado. Nessa situação hipotética, poderá o MP apresentar recurso de apelação contra a decisão judicial.

d) Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto contra a rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.



JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEIS 9.099/1995 E 10.259/2001)

16.1 COMPETÊNCIA

A Lei 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no *âmbito estadual*, introduziu no Direito Processual Penal o procedimento sumaríssimo aplicável às infrações de menor potencial ofensivo.

Com a vigência da Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no *âmbito da Justiça Federal*, entendia-se que o conceito de infração de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 da Lei 9.099/1995 havia sido revogado parcialmente, fato este que foi confirmado por meio da edição da Lei 11.313/2006, que alterou expressamente o citado artigo.

Assim, temos que os Juizados Especiais Criminais (JEC) são competentes para a conciliação, julgamento e execução das seguintes infrações:

a) as ***contravenções penais*;**

b) os ***crimes***, cuja pena privativa de liberdade ***máxima seja igual ou inferior a dois anos, cumulada ou não com multa***. É importante ressaltar que os JECrim serão competentes independentemente da previsão de procedimento especial. Exemplo: crimes de abuso de autoridade passam a ser julgados pelo Juizado Especial Criminal.

Atenção: É importante destacar que o *Estatuto do Idoso* – Lei 10.741/2003 – excepcionalmente determina que em relação aos crimes previstos nele, cuja *pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos*, deverá ser aplicado o *procedimento previsto na Lei 9.099/1995* (art. 94 da Lei 10.741/2003). Todavia, isso não transforma os

crimes praticados contra vítima idosa, com pena de até quatro anos, em infrações de menor potencial ofensivo. Caso contrário, estar-se-ia adotando posicionamento mais brando contra agentes que vitimem os idosos, na contramão de direção à maior tutela a eles. O que ocorrerá é uma aceleração do procedimento (adotado o sumaríssimo) em crimes praticados contra idosos com pena máxima não superior a 4 anos, visando, com isso, a obtenção de tutela jurisdicional mais rápida.

Caso o crime possua causa de aumento de pena que aumente a pena máxima tornando-a superior a dois anos, exclui-se a competência do Juizado Especial.

Segundo o art. 63 da Lei, a competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal, ou seja, pelo local em que for praticada a ação ou omissão, ainda que seja outro o local do resultado (teoria da atividade – afastando-se, portanto, a incidência do art. 70 do CPP). Trata-se de competência relativa, sujeita às normas de prorrogação do Código de Processo Penal. Entretanto, por força do art. 3.º, § 3.º, da Lei 10.257/2001, no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial Federal, a sua competência é absoluta.

Se houver conexão ou continência entre infração de menor potencial ofensivo e outra mais grave (art. 78, II, do CPP) que não se inclua na competência do Juizado, prevalecerá a competência do crime mais grave.

Também será excluída a competência do Juizado Especial Criminal se o acusado não for localizado (art. 66, parágrafo único, Lei 9.099/1995), pois que nos Juizados Especiais não se admite a citação por edital; outra situação em que pode ocorrer a exclusão da competência do Juizado Especial Criminal é na hipótese de complexidade ou circunstâncias do caso (art. 77, § 2.º, Lei 9.099/1995), que será encaminhado à Justiça comum.

Finalmente, bom que se ressalte que o art. 394, § 1.º, do CPP, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.719/2008, define o procedimento sumaríssimo como espécie do gênero **procedimento comum**. Vejamos: "O procedimento comum será ordinário, sumário ou ***sumaríssimo***" (grifamos).

16.2 ATOS PROCESSUAIS. TRAMITAÇÃO

De acordo com o art. 62 da Lei 9.099/1995, o processo perante o Juizado Especial será orientado pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (rapidez), objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Os atos processuais (também orientados pelos critérios da oralidade, economia processual etc.) serão públicos e poderão ser realizados em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária. O art. 65 da Lei 9.099/1995 estabelece que as eventuais nulidades que revestirem tais atos somente serão pronunciadas se acarretarem prejuízos concretos às partes, destacando-se, assim, a adoção dos princípios da instrumentalidade das formas (*caput*) e do prejuízo (§ 2.º).

A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação dispensando-se formalismos desnecessários à rápida solução da questão.

De acordo com o art. 66 da Lei 9.099/1995, nos Juizados Especiais Criminais as citações serão sempre pessoais, sendo feita na sua própria sede ou por mandado (oficial de justiça). Não há, portanto, citação do réu por edital neste tipo de procedimento.

De acordo com o art. 66, 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, citando-se o réu por edital. Se o réu comparecer, o processo seguirá normalmente. Caso não compareça e não nomeie advogado o processo será suspenso na forma do art. 366 do CPP, permitindo-se ao juiz a produção antecipada de provas consideradas urgentes e também, em tese, a decretação da prisão preventiva (o que será bastante raro, em virtude da nova redação conferida ao art. 313 do CPP pela Lei 12.403/2011).

Também haverá remessa ao juízo comum se a complexidade ou circunstância do caso não permitirem a formulação da denúncia, caso em que o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes, conforme estabelece o art. 77, § 2.º.

Já a intimação será realizada de maneira mais simples. Segundo o art. 67 da Lei, ela será feita por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação. Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes as partes, os interessados e defensores.

Preceitua o art. 68 da Lei que, do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento

acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público.

16.3 FASE PRELIMINAR (OU POLICIAL)

A fase preliminar inicia-se quando a autoridade policial toma conhecimento da infração. Nesse sentido dispõe o art. 69 da Lei: "a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência da infração, lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários".

O parágrafo único do aludido artigo dispõe que ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Em decorrência do disposto no art. 75 a instauração do inquérito policial não é mais necessária, pois este *termo circunstanciado* (art. 69) terá a mesma finalidade que o inquérito, devendo conter as circunstâncias do fato criminoso e os elementos colhidos quanto à autoria. Concluída a lavratura do respectivo termo, este deverá ser encaminhado pela autoridade policial ao Juizado.

O termo circunstanciado deve ser apresentado juntamente com o autor do fato e com a vítima. Porém, isto nem sempre é possível, sendo que é costume o encaminhamento do termo à secretaria do Juizado para a posterior designação da data de audiência e, finalmente, intimação das partes. Todavia, caso isso ocorra, as partes no momento da lavratura do termo se comprometerão a comparecer perante o juízo na hora e data designados.

16.4 FASE CONCILIATÓRIA OU AUDIÊNCIA PRELIMINAR

Na audiência preliminar, presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se for o caso, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 72).

Busca-se aqui a reparação dos danos e a aplicação de pena alternativa.

Etapas da audiência preliminar:

a) *tentativa de composição dos danos civis* e oferecimento de representação do ofendido para os casos de ação penal pública condicionada;

b) proposta de *transação penal*.

Na ***fase da composição dos danos civis*** não há a participação do Ministério Público, salvo se o ofendido for incapaz. Os danos de que trata a Lei podem ser tanto materiais como morais. Tendo as partes acordado quanto à composição de danos, será o termo de acordo homologado, passando a ser irrecorrível e dotado de eficácia de título executivo judicial, podendo, inclusive, ser executado no cível.

Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada, o acordo homologado equivale à renúncia no direito de queixa ou de representação, e desta forma extingue-se a punibilidade do agente (art. 74, parágrafo único). Em relação à ação penal pública incondicionada, a composição dos danos civis não possui o mesmo efeito permitindo-se somente a eventual aplicação dos arts. 16 (arrependimento posterior) e 65, III, *c* (atenuante genérica), do CP.

De acordo com o art. 75, não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal (ação penal pública condicionada), que será reduzida a termo.

Na ***fase da transação penal***, de acordo com o art. 76, havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada e não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá (deverá) propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta. Se a pena de multa for a única cominada, o juiz poderá reduzi-la à metade (§ 2.º).

A transação penal não poderá ser concedida caso ficar comprovado (impedimentos – art. 76, § 2.º):

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa;

III – 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.

Uma vez aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. Desta decisão do juiz caberá apelação no prazo de 10 dias (art. 82).

A imposição da pena restritiva de direitos ou de multa **não constará de certidão de antecedentes criminais**, salvo para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação de conhecimento no juízo cível (art. 76, § 6.º).

Em se tratando de violência doméstica, cuja definição vem prevista no art. 5.º da Lei 11.340/2006 ("Lei Maria da Penha"), o art. 41 da citada lei determina que "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995".

Em outras palavras, os institutos despenalizadores previstos na Lei dos JECrims **(transação penal, composição civil** e **suspensão condicional do processo**) são inaplicáveis aos autores de infrações penais praticadas com violência doméstica contra a mulher (que engloba a violência física, moral, psicológica, patrimonial e sexual, nos termos do art. 7.º, I a V, da Lei 11.340/2006).

Embora com má técnica, o legislador, também na Lei de Violência Doméstica ora em comento, vedou a aplicação de "penas" de cesta básica ou outras de prestação pecuniária em seu art. 17.

Logo, o "famoso" oferecimento de cestas básicas ao autor, por exemplo, de lesões corporais contra a mulher, fica absolutamente vedado pelo legislador ordinário.

Fica registrado nosso inconformismo em relação ao art. 41 da "Lei Maria da Penha", visto que somente quando o sujeito passivo da ação criminosa for ***mulher*** é que não será aplicada a Lei 9.099/1995. Trata-se de inegável discriminação ao homem, o que é vedado pela CF/1988, que assegura igualdade de direitos a ambos os sexos.

Quis o legislador realizar uma "discriminação positiva", uma vez que, é sabido, no mais das vezes a mulher é, de fato, vítima de violência doméstica

praticada pelo marido (ou companheiro). Porém, e se, no âmbito familiar, a filha praticar maus-tratos ou lesões corporais leves em seu pai? A ela, por não haver vedação legal, desde que preenchidos os requisitos, será cabível a transação penal. Já se praticar os mesmos fatos contra a mãe, por ser mulher, incabível será referido benefício.

Odiosa discriminação e ofensa à isonomia!

16.5 FASE DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Em não havendo conciliação, na audiência preliminar, passe-se imediatamente para a etapa seguinte, que é a *fase do oferecimento oral da denúncia*, prevista no art. 77, que dispõe que na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da transação penal, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. Poderão, nesta fase, ser ouvidas até cinco testemunhas se o delito for apenado com detenção e até três testemunhas se se tratar de contravenção penal.

De acordo com o § 1.º do aludido artigo, para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no **termo circunstanciado** (art. 69), com dispensa do inquérito policial, será dispensável o exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente. Caso a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes para o juízo comum.

Na ação penal privada (de iniciativa do ofendido) poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinarão a remessa das peças existentes para o juízo comum, adotando-se as providências nele previstas.

Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados (art. 78). Se o acusado não estiver presente, será citado na forma já estudada e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no

mínimo cinco dias antes de sua realização (§ 1.º). Pelo fato de a Lei 9.099/1995 não ter especificado o número máximo de testemunhas, a doutrina e a jurisprudência entendem que deverão ser arroladas no máximo **cinco testemunhas**, tratando-se de crimes (mesmo na hipótese de concurso de crimes); e **três testemunhas** quando se tratar de contravenção penal.

Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença (art. 81). Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias (§ 1.º). De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença (§ 2.º).

A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do juiz.

De acordo com o art. 82, da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. A apelação será interposta no prazo de 10 dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente. O recorrido também será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 dias.

Também serão admitidos os **embargos de declaração** no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão, que, uma vez opostos contra a sentença, **suspende** o prazo do recurso de apelação.

De acordo com a Súmula 640 do STF, é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.

Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento (ex.: em caso de necessidade de citação editalícia pelo fato de o réu estar em local incerto e não sabido), observar-se-á o **procedimento sumário**. Esse é o teor do art. 538 do CPP, com as alterações promovidas pela Lei 11.719/2008.

Finalmente, com a reforma procedida ao capítulo do Júri pela Lei 11.689/2008, o art. 492, § 1.º, determina que, em caso de desclassificação da infração penal inicialmente de competência do Tribunal Popular para uma de menor potencial ofensivo (de competência, pois, do JECrim), caberá ao Juiz Presidente proceder de acordo com os arts. 69 e seguintes da Lei 9.099/1995 (procedimento sumaríssimo), ficando **prorrogada**, portanto, sua competência. Assim, os autos não serão remetidos ao juízo que seria originalmente competente (Juizado Especial Criminal), mas tocará ao próprio Juiz Presidente do Tribunal do Júri prosseguir no julgamento, o que implica, assim, a prorrogação da competência de referido órgão jurisdicional especial.

No entanto, entende Guilherme de Souza Nucci que tal dispositivo é inconstitucional, tendo em vista que a competência dos Juizados Especiais Criminais é material, tendo base constitucional, tornando-a, pois, absoluta, não podendo o legislador ordinário alterar competência prevista na Carta Magna *(Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 829). Tal posicionamento é sustentado, inclusive, por Ada Pellegrini, Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes *(Juizados Especiais Criminais*, São Paulo: RT), não sendo, contudo, o majoritário.

16.6 QUESTÕES

1. (OAB/Nacional 2007.III) Acerca das modificações penais e processuais penais introduzidas pela Lei n.º 11.343/2006 – Lei de Tóxicos – com relação à figura do usuário de drogas, assinale a opção correta.

a) A conduta daquele que, para consumo pessoal, cultiva plantas destinadas à preparação de substância capaz de causar dependência física ou psíquica permanece sem tipificação.

b) É possível, além das penas de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa, a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas.

c) O porte de drogas tornou-se infração de menor potencial ofensivo, estando sujeito ao procedimento da Lei n.º 9.099/1995, que dispõe sobre os juizados especiais criminais.

d) Poderá ser imposta ao usuário de drogas prisão em flagrante, devendo o autuado ser encaminhado ao juízo competente para que este se manifeste sobre a manutenção da prisão, após a lavratura do termo circunstanciado.

2. (OAB/MG Agosto/2008) Em crime de lesão corporal leve, estando o autor do fato em local incerto e não sabido, deve o juiz determinar:

a) a citação por oficial de justiça, vinculado aos Juizados.

b) a citação pessoal, vinculada aos Juizados.

c) a citação por edital, nos autos do processo nos Juizados.

d) a remessa ao juízo comum, para aplicação das normas do Código de Processo Penal.

3. **OAB/RS 2007.II) A sofreu lesão corporal leve praticada por B e representou contra ele em juízo. Oferecida a denúncia, não havendo possibilidade de composição, transação penal ou suspensão condicional do processo, A e B passaram a encontrar-se seguidamente para as audiências e, dado o longo período de espera para a realização dos atos processuais, tornaram-se amigos, o que culminou com o pedido de A para que o juiz arquivasse o processo, posto que perdera o interesse no prosseguimento do feito. Neste caso, deverá o juiz**

a) aceitar o pedido em nome do princípio da economia processual.

b) extinguir o processo sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir.

c) julgar improcedente a ação, absolvendo B.

d) negar o pedido formulado, por ser irretratável a representação após o oferecimento da denúncia.

4. **(OAB/Nacional 2009.I) Acerca do procedimento relativo aos crimes de menor potencial ofensivo, previsto na Lei n.º 9.099/1995, assinale a opção correta**.

a) Na audiência preliminar, o ofendido terá a oportunidade de exercer o direito de representação verbal nas ações penais públicas condicionadas e, caso não o faça, ocorrerá a decadência do direito.

b) Tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o MP poderá propor a aplicação imediata de pena de multa, a qual, se for a única aplicável, poderá ser reduzida, pelo juiz, até a metade.

c) A reparação dos danos sofridos pela vítima não é objetivo do processo perante o juizado especial criminal, devendo ser objeto de ação de indenização por eventuais danos materiais e morais sofridos, perante a vara cível ou o juizado especial cível competente.

d) Não sendo encontrado o acusado, para ser citado pessoalmente, e havendo certidão do oficial de justiça afirmando que o réu se encontra em local incerto e não sabido, o juiz do juizado especial criminal deverá proceder à citação por edital, ouvido previamente o MP.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

GABARITOS

1. Aplicação do direito processual penal

1 – C	2 – B
3 – D	

2. Inquérito policial

1 – A	2 – A
3 – C	4 – B
5 – D	

3. Ação penal

1 – C	2 – C
3 – C	4 – C
5 – A	6 – D
7 – D	8 – C
9 – B	

4. Ação civil *ex delicto*

1 – D	2 – C
3 – C	

5. Jurisdição e competência

1 – D	2 – B
3 – B	4 – C
5 – C	6 – C
7 – A	

6. Questões e processos incidentes

1 – C	2 – B
3 – C	4 – C
5 – D	6 – C

7. Prova

1 – C	2 – A
3 – C	4 – C
5 – D	6 – C
7 – D	8 – B

8. Sujeitos processuais

1 – C	2 – A

9. Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória

1 – A	2 – C
3 – B	4 – A
5 – B	6 – B
7 – B	8 – A
9 – A	

10. Citações e intimações

1 – B	2 – B

11. Atos processuais e atos judiciais

1 – A	2 – D
3 – C	

12. Procedimentos em espécie

1 – D	2 – A
3 – D	4 – D
5 – C	6 – B
7 – A	8 – C
9 – A	10 – D

13. Suspensão condicional do processo

1 – B	2 – C

14. Nulidades

1 – A	2 – A
3 – B	4 – A
5 – D	

15. Recursos

1 – B	2 – B
3 – C	4 – C
5 – D	6 – C
7 – C	8 – B
9 – A	10 – D
11 – A	12 – A
13 – D	

16. Juizados Especiais Criminais

1 – C	2 – D
3 – D	4 – B